DIE RECHTLICHE NATUR
DES
THEATERBESUCHSVERTRAGES.

INAUGURAL-DISSERTATION

ZWECKS ERLANGUNG DER DOKTORWÜRDE

DER

HOHEN JURISTISCHEN FAKULTÄT DER
GEORG AUGUST-UNIVERSITÄT GÖTTINGEN

VORGELEGT VON

WILHELM KÖRMANN.

ACAD
LUGD. BAT
BIBL.

GÖTTINGEN.
DRUCK VON GEBR. SCHÖNHOVEN IN CASSEL.
1914.

Referent:

Herr Professor Dr. jur. Titze.

Inhalts-Übersicht.

Seite

§ 1. Einleitung 7

§ 2. Die Rechte des Theaterbesuchers aus dem Theaterbesuchsvertrage 9

I. Die Rechte in Ansehung der Aufführung

A. Festgestellt auf Grundlage der Verkehrssitte für folgende Fälle:

1. Die Aufführung unterbleibt ganz

a) Anspruch auf Rückzahlung des Eintrittsgeldes.

b) Anspruch auf Bewirkung der Aufführung.

c) Schadensersatz wegen Nichtaufführung.

§ 3. d) Andere Ansichten 14

§ 4. e) Eine andere Form des Theatervertrages . . . 21

§ 5—6. 2. Die Aufführung ist nicht vertragsmäßig oder mangelhaft 23/27

§ 7. 3. Zusammenfassung 31

§ 8. B. Die juristische Konstruktion des Theaterbesuchsvertrages 34

1. Nicht Werkvertrag.

§ 9—11. 2. Der Schaustellungsvertrag 37/41

§ 12. II. Die Rechte in Ansehung des Theaterplatzes, als Sachmiete aufgefaßt 44

III. Der Theaterbesuchsvertrag als Kombination von Schaustellungsvertrag und Sachmiete.

§ 13—14. Anhang: Der Kontrahierungszwang des Theaterunternehmers 50/57

1. Der Kontrahierungszwang.

2. Die „Offerte an das Publikum".

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548110_0123

Literatur-Verzeichnis.

Biermann, Rechtszwang zum Kontrahieren, in Jherings Jahrbüchern Band 32, Seite 267.

Blätter für Rechtsanwendung Band 72, Seite 537.

Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens Band II.

Enneccerus-Kipp-Wolff, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 6./8. Auflage 1912.

Günther, Die bei Lösung eines Theaterbillets entstehenden Rechtsverhältnisse. Diss. Jena 1905.

Heinzmann, Deutsches Theaterrecht, München 1905.

Jhering, Rechtsschutz gegen injuriöse Rechtsverletzungen, in Jherings Jahrbüchern Band 23, Seite 155 ff.

Kestler, Eine abgeänderte Theatervorstellung. Recht Band 8, Seite 438.

Kohler, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 2. Band 1906.

Laband, Staatsrecht des Deutschen Reiches, Band 3, 5. Auflage.

Lange, Die Übertragbarkeit des Theaterbilletts. Diss. Breslau 1907.

Lotmar, Der Arbeitsvertrag. 1908 Band I.

Löwenstein, Das Recht des Theaterbesuchs. Diss. Rostock 1911.

Mugdan, Die rechtliche Natur des Theaterbesuchsvertrages. Diss. Erlangen 1909.

Oertmann, Kommentar zum BGB. 3./4. Auflage 1910, Band II.

Opet, Theaterrecht. Berlin 1897.

Pickardt, Der Schaustellungsvertrag. Jur. Diss. Würzburg 1912.

Planck, Kommentar zum BGB. 3. Auflage, Band II.

Rechtsprechung der OLG. Band XXIII, Seite 46.

Riezler, Der Werkvertrag nach dem BGB. 1900.

Rümelin, Dienstvertrag und Werkvertrag. Tübingen 1905.

Saeger, Der Theaterbesuchsvertrag. In der „Braunschweigischen Zeitung“ 1912. 2—15, 36—48.

Seidenschnur, Das Kontrahieren des Publikums mit den Theaterunternehmungen. Diss. Rostock 1899.

Sommer, Der Kauf des Theaterbilletts. Diss. Göttingen 1896.

Staudinger, Kommentar zum BGB. 1912, Band II.

Steuer, Die rechtliche Natur des Theaterbilletts. Diss. Rostock 1899.

§ 1. Einleitung.

Der Theaterbesuchsvertrag und seine rechtliche Natur sind in zahlreichen Abhandlungen untersucht und dargestellt worden, ohne daß in der Wissenschaft Einmütigkeit über dieses Problem erzielt worden wäre. Es werden die verschiedensten Theorien über die juristische Konstruktion des Theaterbesuchsvertrages vorgetragen. Es scheint aber, als ob man bei den bisherigen Untersuchungen nicht ausreichend die Frage behandelt hat:

„Welchen Inhalt hat im einzelnen die Vertragspflicht des Theaterunternehmers und dementsprechend der vertragsmäßige Anspruch des Theaterbesuchers?“

Es soll deshalb hier der Versuch gemacht werden, den Inhalt dieser vertraglichen Leistungspflicht des Theaterunternehmers zunächst einmal ohne Rücksicht auf die rechtliche Konstruktion nach allen Richtungen hin im einzelnen zu erörtern.

Wir gehen davon aus, daß der Theaterbesucher ein Theaterbillett an der Theaterkasse erworben hat und zwar für einen bestimmten numerierten Platz. Die dabei sich ergebende Rechtsfrage, ob der Theaterunternehmer verpflichtet ist, jedermann auf Verlangen ein Billett abzugeben, wird in dem Anhange besonders erörtert werden. Wir legen der Betrachtung den Tatbestand in seiner einfachsten und regulärsten Gestalt zugrunde: „Der Pächter des Stadttheaters zu G., der den Theaterbetrieb für eigene Rechnung führt, hat durch die Zeitungen sowie durch Aushang und Verteilung eines soge-

nannten Theaterzettels für den 22. Dezember 1913 abends 7 Uhr Goethes „Faust, I. Teil“ angekündigt. Der Besucher löst an der Theaterkasse im Vorverkauf den Parkettplatz Nr. 7, zahlt dafür 3 Mark und erhält dafür das Billett ausgehändigt.“

Durch dieses Rechtsgeschäft (Lösung des Billetts gegen Entrichtung der 3 Mark) ist ein Vertragsverhältnis zwischen dem Theaterunternehmer und dem Besucher begründet worden.

Wir fragen zunächst: Entstehen für den Besucher Verpflichtungen aus diesem Vertragsverhältnis? In der Regel wird das nicht der Fall sein. Für den Besucher ist das geschlossene Geschäft ein Bargeschäft. Es ist zwar möglich (z. B. bei Vorausbestellung eines Billetts), daß die dem Besucher obliegende Leistung zunächst nur versprochen wird; der Besteller, welcher bei der Bestellung das Billett nicht gleich bezahlt, übernimmt damit die Verpflichtung zur Bezahlung. Nach Erfüllung dieser Verpflichtung ist für ihn aber die Rechtslage offenbar die gleiche wie bei sofortiger Bezahlung: es besteht für den Besucher keine weitere Vertragspflicht.

Insbesondere kann keine Rede davon sein, daß der Erwerber eines Theaterbilletts zur Teilnahme an der Aufführung verpflichtet wäre; dem Besucher steht es frei, ob er der Aufführung beiwohnen will oder nicht. Es ist zwar möglich, daß der Theaterunternehmer ein Interesse daran hat, nicht vor leeren Bänken zu spielen, die verkauften Plätze bei der Aufführung auch wirklich besetzt zu sehen. Es sind sogar Fälle denkbar, in denen der Nichtbesuch des Theaters vonseiten der Billettkäufer für den Theaterunternehmer eine schwere Schädigung mit sich bringt. Es könnte jemand aus Schikane

gegen den Unternehmer zu einer Vorstellung sämtliche Parkettplätze aufkaufen, um die Schauspieler in die Verlegenheit zu bringen, vor leeren Bänken spielen zu müssen. Hiergegen bietet der Vertrag zwischen Besucher und Unternehmer keine Handhabe.

Das Vertragsverhältnis zwischen dem Besucher und dem Unternehmer hat seine wesentliche Bedeutung hiernach in der Verpflichtung des Unternehmers, der die entsprechenden Ansprüche des Besuchers gegenüberstehen. Das nächste Recht des Besuchers geht offenbar dahin: er hat den Anspruch, zu Beginn der Aufführung in das Theater eingelassen zu werden, den numerierten Platz einnehmen und diesen Platz bis zum Schlusse der Vorstellung innehaben zu dürfen.

Das Recht des Theaterbesuchers, abends 7 bis 11 Uhr im Theater auf dem Parkettplatz Nr. 7 zu sitzen, hat offenbar nur sekundäre Bedeutung. Die Gewährung und Benutzung dieses Platzes ist nicht Selbstzweck, sondern dient nur als Hilfe und Erleichterung für die Ausübung eines andern Rechtes des Theaterbesuchers, nämlich des Rechtes, der zu diesen Stunden im Theater stattfindenden Aufführung von Goethes „Faust“ beiwohnen zu dürfen. Wesen und Umfang dieses Rechts sind zunächst genauer zu untersuchen.

§ 2.

Den Charakter dieses Rechts wird man dann erkennen, wenn man feststellt: welche Befugnisse stehen dem Theaterbesucher zu, wenn der Theaterunternehmer die Aufführung nicht stattfinden läßt, vielmehr etwa einen Tag oder einige Stunden vorher öffentlich mitteilt, die Vorstellung falle aus?

Der nächste Gedanke ist: Der Besucher kann den Ein-

trittspreis, den er für das Billett gezahlt hat, zurückfordern. Weiter aber erhebt sich die Frage: Ist der Theaterbesucher auf diesen Anspruch beschränkt, oder hat er weiter auch einen Anspruch gegen den Theaterunternehmer dahingehend, daß dieser die Aufführung in Gemäßheit der öffentlichen Ankündigung (auf dem Theaterzettel) herausbringe? Das Recht des Theaterbesuchers ist bei der zweiten Auffassung ein erheblich stärkeres als bei der ersten.

Daß dem Theaterbesucher mindestens dieses erstere Recht (Anspruch auf Rückzahlung des Eintrittsgeldes bei Ausfall der Vorstellung) zusteht, ist nicht zu bezweifeln.

Aus welchem Grunde die Aufführung unterbleibt, ist hierfür gleichgültig. Es ist möglich, daß das Theatergebäude abbrennt, oder daß durch einen sonstigen von keiner der beiden Parteien zu vertretenden Umstand die Aufführung zur festgesetzten Zeit am festgesetzten Orte unmöglich wird. Ein ähnlicher Fall wäre: Tod des Landesherrn und infolgedessen Eintritt von Landestrauer, bei der Theateraufführungen unzulässig sind.

Daß in solchen Fällen der Theaterunternehmer zur Zurücknahme der gelösten Billetts verpflichtet ist, entspricht der Verkehrsanschauung und ist allgemein anerkannt.

Um so weniger ist dieser Rückzahlungsanspruch natürlich dann zu bezweifeln, wenn der Ausfall der Vorstellung durch solche Umstände bewirkt worden ist, die der Unternehmer zu vertreten hat, z. B. das Stück kann nicht rechtzeitig herausgebracht werden, weil die Einstudierung zu spät begonnen ist, weil die Aufführung sich mit dem vorhandenen technischen Apparat überhaupt nicht ermöglichen läßt, oder gar weil der Unternehmer es vorzieht, an diesem Abend aus

geschäftlichen Gründen ein anderes Stück aufzuführen, von dem er einen stärkeren Kassenerfolg erwartet. Die Gründe, warum eine Aufführung nicht stattfindet, sind für den Besucher nicht von Belang. Allemal dann, wenn die Aufführung ausfällt, ganz gleichgültig aus welchem Grunde, ist der Unternehmer zur Rückzahlung verpflichtet.

Bestehen über diese Sätze nirgends ernstliche Zweifel, so ist dagegen die weitere Frage noch wenig geklärt: Muß der Theaterbesucher sich mit der Rückzahlung des Eintrittsgeldes begnügen oder kann er den Anspruch erheben: Ich will mein Eintrittsgeld nicht zurückhaben, verlange vielmehr, daß die Aufführung, wie angekündigt, vonstatten geht. Ein solcher Anspruch wird wohl selten erhoben werden; man hat nicht davon gehört, daß jemals eine solche Klage eines Billettinhabers gegen den Theaterunternehmer angestrengt worden wäre. Wenn man deshalb aber sagen wollte, daß die Verkehrsanschauung einen solchen Anspruch auf Erfüllung nicht anerkennt, so wäre dieser Schluß doch nicht zwingend. Daß ein solcher Anspruch niemals erhoben wird, kann seinen Grund sehr wohl darin haben, daß eine solche Klage wohl in allen Fällen praktisch zwecklos und erfolglos sein wird. Wie sollte der Theaterbesucher, der am Sonnabend vormittag erfährt, daß die für Sonnabend abend angekündigte Faustvorstellung nicht stattfinden wird, vernünftigerweise auf die Idee kommen, durch Inanspruchnahme der Gerichte die Aufführung an diesem Abend erzwingen zu wollen? Die der rechtzeitigen Erledigung einer solchen Klage entgegenstehenden praktischen Schwierigkeiten erklären es zur Genüge, daß eine solche Klage niemals erhoben wird. Die Schlußfolgerung, daß nach der Verkehrssitte ein solcher Anspruch nicht ge-

geben sei, ist aber nicht begründet. Das ergibt sich, wenn man die Konsequenzen eines solchen Erfüllungsanspruches nach anderer Richtung hin betrachtet. Wenn ein Schuldner seiner vertraglichen Leistungspflicht nicht nachkommt, tritt für den Gläubiger vielfach an die Stelle der naturalen Leistungspflicht ein Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung (§§ 325, 326 BGB.). Wenn man annimmt, daß der Theaterunternehmer jedem einzelnen Billettinhaber gegenüber verpflichtet ist, die Aufführung in der angekündigten Zeit und Weise herauszubringen, dann folgt daraus auch der weitere Satz, daß der Unternehmer bei Nichterfüllung dieser Verpflichtung im Sinne der §§ 325 und 326 jedem einzelnen Billettinhaber gegenüber zum Schadensersatz verpflichtet wäre. Wird eine solche Schadensersatzpflicht von der Verkehrssitte anerkannt? Im Gegensatz zu einer Anzahl von Schriftstellern, die einen solchen Schadensersatzanspruch unbedenklich (allerdings auch ohne nähere Begründung) zulassen, ist diese Frage zu verneinen, wie an einigen Beispielen zu erläutern ist.

A hat ein Billett zur Faustvorstellung für 3 Mark erworben und hat es an B für 4 Mark weiter verkauft mit der Abrede, daß er es bei Ausfall der Vorstellung zum vollen Betrage von 4 Mark zurücknehmen müsse. Die Vorstellung wird abgesagt, A muß das Billett von B zurücknehmen und 4 Mark herauszahlen. Durch den Ausfall der Vorstellung erleidet A einen Schaden von 1 Mark, da er von der Theaterkasse nur 3 Mark erstattet erhält. Es ist nicht anzunehmen, daß die Verkehrsanschauung diesen Schadensersatzanspruch gegen den Theaterunternehmer als begründet anerkennen wird.

X, der außerhalb Berlins wohnt, hat sich im Vorverkauf ein Billett zu der auf den 20. Dezember angekündigten Auf-

führung von „Fidelio“ besorgt; er reist am 20. nachmittags nach Berlin und erfährt hier, daß die Vorstellung soeben abgesagt ist. Er reist sogleich zurück. Kann er außer Erstattung des Eintrittsgeldes auch Ersatz der Reisekosten als Schadensersatz beanspruchen? Auch diesen Anspruch wird die Verkehrsanschauung nicht anerkennen wollen.

Im Theatergebäude ist ein Restaurant, das an einen Wirt verpachtet ist. Der Wirt hat ein Interesse daran, daß an diesem Abend Goethes „Faust“ aufgeführt wird, weil er dabei auf den stärksten Besuch rechnen kann. Er erwirbt ein Theaterbillet; die Aufführung wird abgesagt, die Vorstellung fällt entweder ganz aus oder es wird eine Wiederholung gegeben, zu der nur 20 Besucher erscheinen, während für die Faustaufführung das Haus ausverkauft war. Der Wirt erleidet einen Schaden (entgangenen Gewinn) von 200 Mark. Auch hier kann er den Theaterunternehmer für diesen Schaden nicht haftbar machen, selbst angenommen, daß die allgemeinen Voraussetzungen eines solchen Schadensersatzanspruchs nach §§ 325 und 326 gegeben sind.

In keinem dieser Beispiele ist also anzuerkennen, daß dem Theaterbesucher infolge Wegfalls der Aufführung ein weiterer Anspruch zusteht als der Anspruch auf Rückzahlung des Billettpreises.

Nach der Verkehrsanschauung rechnet jeder Billettkäufer mit der Möglichkeit, daß infolge irgendwelcher Zwischenfälle die Vorstellung vereitelt wird. Für diesen Fall erwartet er zwar, daß ihm sein Eintrittsgeld zurückerstattet wird, aber nicht, daß ihm darüber hinaus Aufwendungen ersetzt werden.

In allen diesen Beispielen ist die Frage nach der Schadensersatzpflicht des Unternehmers schlechthin verneint worden,

ohne daß unterschieden wäre, aus welchen Gründen der Unternehmer die Aufführung nicht herausgebracht hat. Der Schadensersatzanspruch ist verneint sowohl in dem Falle, daß der Unternehmer aus guten und zwingenden Gründen die Aufführung ausfallen ließ, als auch für den Fall, daß der Unternehmer ohne Grund, aus Laune oder Willkür oder infolge eigenen Verschuldens die angekündigte Vorstellung nicht herausbrachte. Genaueres hierüber wird noch weiter unten erörtert werden. Ist das aber richtig, daß ein solcher Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung in keinem Falle gegeben ist, dann muß auch das Bestehen eines Erfüllungsanspruchs verneint werden. Denn eine Verpflichtung, deren Erfüllung der Schuldner willkürlich unterlassen kann, ohne deshalb wegen Nichterfüllung ersatzpflichtig zu werden, kann in aller Regel überhaupt nicht als eine Verpflichtung angesehen werden.

§ 3.

Über die bisher erörterte Frage finden sich bei manchen Schriftstellern wesentlich andere Anschauungen. Man findet vielfach die Auffassung vertreten, daß der Unternehmer zur Bewirkung der Aufführung zwar verpflichtet, aber berechtigt sei, einseitig von dem Theaterbesuchsvertrage zurückzutreten und damit seine Verpflichtung in Wegfall zu bringen. Da durch einen solchen Rücktritt auch die Verpflichtung des Theaterbesuchers zur Zahlung des Eintrittsgeldes hinfällig werde, erweise sich die etwa bereits geschehene Zahlung des Eintrittsgeldes als sine causa erfolgt, der Unternehmer habe dem Besucher das Eintrittsgeld zurückzuzahlen. Bei dieser Auffassung würde also etwa die öffentliche Ankündigung des

Unternehmers, daß die Vorstellung ausfalle, als Ausübung des vertragsmäßig (in jedem einzelnen Vertrage mit jedem einzelnen Theaterbesucher) vorbehaltenen Rücktrittsrechts anzusehen sein, durch welche die bis zu dieser Rücktrittserklärung bestehende Aufführungspflicht des Unternehmers aufgehoben wird. Indes erscheint diese Auffassung doch recht künstlich und auch unnötig. Denn dieses Rücktrittsrecht des Unternehmers müßte als ein völlig freies der Willkür des Unternehmers anheimgegebenes Rücktrittsrecht aufgefaßt werden, wenn es der Rechtslage genügen sollte, wie sie nach der Verkehrsanschauung als vorliegend angenommen werden muß. Man könnte dieses Rücktrittsrecht nicht etwa auf solche Fälle beschränken, in denen zwingende oder wichtige Gründe für den Theaterunternehmer vorliegen, die den Ausfall der Vorstellung rechtfertigen. Zwar wird diese Meinung vielfach in der Literatur vertreten, z. B. von Opet (Theaterrecht, Berlin 1897). Dieser Schriftsteller spricht Seite 248 von einem „ungerechtfertigten“ Rücktritt des Unternehmers und findet einen solchen in jeder vom Unternehmer ohne zwingende Veranlassung unterlassenen Vornahme der zugesagten Aufführung, insbesondere auch in dem Falle, daß die Aufführung wegen zu geringen Besuchs abgesagt wird. Die genauere Betrachtung dieser Sätze ergibt aber zweifellos ihre gänzliche Unvereinbarkeit mit der Verkehrsanschauung. Opet zieht allerdings die Konsequenz, daß der Unternehmer jedem einzelnen Theaterbesucher dann schadensersatzpflichtig ist, wenn er die Vorstellung ohne zwingende Veranlassung ausfallen läßt, und spricht ausdrücklich von einer „Verpflichtung zur Ersatzleistung an den durch die Vertragsaufhebung nachweislich geschädigten Theaterbesucher“. Nach Opets Auf-

fassung würde also jeder Theaterbesucher den Unternehmer auf Bewirkung der angekündigten Vorstellung und auf Schadensersatz beim Ausfall der Vorstellung verklagen können und brauchte dazu nichts anderes darzutun, als daß er ein Billett erworben und im Besitz hat, und zweitens durch den Ausfall der Vorstellung Schaden erlitten hat. Beispiele siehe oben. Der Theaterunternehmer könnte sich von dieser Schadensersatzpflicht nur durch den Nachweis befreien, daß er die Vorstellung aus gutem Grunde habe ausfallen lassen. Damit kommen wir aber zu einem praktisch schlechthin unanwendbaren Satze. Soll wirklich die Frage, ob die Aufführung aus genügenden Gründen unterblieben ist oder nicht, der richterlichen Prüfung unterliegen, und soll es von ihrer Beantwortung abhängen, ob der Unternehmer dem Besucher Schadensersatz zu leisten hat oder nicht? Diese Auffassung entspricht sicherlich ebensowenig der Anschauung des Theaterbesuchers wie der des Theaterunternehmers. Der Unternehmer wird den Gedanken, daß er durch die Absage einer Vorstellung außer den bereits eingenommenen Eintrittsgeldern auch noch Schadensersatzgelder an die Besucher herauszahlen müsse, selbstverständlich weit von sich ablehnen. Aber auch der normale und verständige Theaterbesucher wird so leicht nicht auf den Gedanken kommen, daß er außer Rückzahlung des Eintrittsgeldes noch Schadensersatzansprüche stellen könne. Der Theaterbesucher wird sich bei einer Absage der Vorstellung oder einer Repertoireänderung ohne weiteres damit begnügen, daß der Unternehmer erklärt, die Aufführung müsse ausfallen, und wenn der Unternehmer zur Begründung hinzufügt: „wegen Indisposition von Fräulein X“, so wird er darin eine höfliche Entschuldigungsformel erblicken,

nicht aber die Angabe des rechtlich erheblichen Grundes, auf den der Unternehmer sein Rücktrittsrecht stützen wolle. Es fällt keinem Theaterbesucher ein, mag er auch durch die Absage der Vorstellung noch so enttäuscht und ungehalten sein, nunmehr an den Unternehmer die Erklärung gelangen zu lassen, das Fernbleiben von Fräulein X könne er nicht als ausreichenden Grund für die Repertoireänderung ansehen. Er sei damit einverstanden, daß Fräulein Y diese Rolle übernehme. Oder nehmen wir den Fall, daß die Vorstellung abgesagt wird, weil im Vorverkauf nur 20 Plätze verkauft worden sind. Wird hier einer von diesen 20 Besuchern auf die Idee kommen, an den Unternehmer zu schreiben: „Sie müssen mir außer dem Eintrittsgeld auch alle Spesen und Auslagen ersetzen, die ich in der Erwartung der Aufführung bereits gemacht habe, denn ich kann es nicht gerechtfertigt finden, daß Sie vor 20 Zuschauern nicht spielen wollen. Ihre Einnahme beträgt bei 20 Zuschauern 50 Mark, an Heizung und Licht brauchen Sie 17 Mark, die Gagen Ihrer Schauspieler kommen nicht in Betracht, da diese im Monatsengagement stehen; an Spielhonoraren würden Sie 22 Mark zu zahlen haben, es wäre Ihnen also noch ein Reinüberschuß von 11 Mark verblieben. Sie hatten also keine Veranlassung, die Vorstellung ausfallen zu lassen“. Kein Theaterunternehmer wird glauben, daß er sich von jedem Besucher ein derartiges Nachkalkulieren seiner Entschließungen gefallen lassen müsse, und kein Theaterbesucher wird annehmen, daß der Theaterunternehmer ihn in dieser Weise, womöglich unter Vorlegung von Geschäftsbüchern, Kontrakten und sonstigen Belegen, darüber Rede und Antwort stehen müsse, weshalb der Unternehmer diese Vorstellung abgesetzt hat.

Gerade die Besonderheit des Theaterbesuchsvertrages, wonach dem Unternehmer zahlreiche viele hundert Besucher als Kontrahenten gegenüberstehen, schließt diesen Gedanken völlig aus. Unmöglich kann der Unternehmer für verpflichtet gehalten werden, jedem einzelnen Billettinhaber auf Verlangen seine Gründe für die Repertoireänderung auseinanderzusetzen und dadurch die Folgen eines Vertragsbruches von sich abzuwehren. Der Unternehmer ist, wenn er eine angekündigte Vorstellung absetzt nach der Verkehrsanschauung den Theaterbesuchern keine Rechtfertigung für diese Maßnahme schuldig. Rechtlich muß ihm die Befugnis zuerkannt werden, hierüber (ob die Vorstellung stattfinden soll oder nicht) in freier willkürlicher Entschließung zu bestimmen.

Muß man hiernach also bei Annahme eines Rücktrittsrechtes des Theaterunternehmers feststellen, daß dieses Rücktrittsrecht rechtlich an keine Voraussetzungen geknüpft ist, vielmehr von dem Unternehmer nach freier Willkür ausgeübt werden kann, so erweist sich damit diese ganze Konstruktion eines Rücktrittsrechtes als überflüssig. Wer sich einer Verpflichtung jederzeit nach freier Willkür dadurch entledigen kann, daß er erklärt, ich trete von dieser Vertragspflicht zurück, der steht einem solchen gleich, der überhaupt nicht verpflichtet ist. Denn das Erfordernis einer Rücktrittserklärung spielt bei dem Theaterbesuchsvertrage keine wesentliche Rolle; es hat keinen Sinn zu sagen: solange der Theaterunternehmer nicht erklärt hat, daß die Vorstellung ausfalle, haben die Besucher ein Recht darauf, daß die Vorstellung stattfindet. Denn zu dieser Rücktrittserklärung des Unternehmers wäre es immer noch früh genug. Wenn dem Besucher erst beim Eintritt in das Theater oder gar erst, nachdem er seinen Platz im Theater

eingenommen hat, von dem Unternehmer eröffnet wird, daß die Vorstellung ausfalle oder das Repertoire geändert werde, dann hat der Besucher wohl verstärkte Veranlassung über das rücksichtslose Verhalten des Unternehmers ungehalten zu sein, aber juristisch ist die Sachlage dieselbe. Der Besucher kann auch in diesem Falle nur sein Eintrittsgeld zurückverlangen. Daraus ergibt sich, daß der Erklärung des Unternehmers über den Wegfall der Vorstellung oder eine Repertoireänderung die Bedeutung einer rechtsgeschäftlichen Willenserklärung überhaupt nicht zukommt. Das Rechtsverhältnis kann also nicht als ein Schuldverhältnis angesehen werden, von dem sich der Schuldner (der Unternehmer) durch eine Rücktrittserklärung befreien kann, in welchem er aber ohne solche Rücktrittserklärung verhaftet bliebe, vielmehr kommt eine Rücktrittserklärung in diesem Sinne in dem Rechtsverhältnisse überhaupt nicht vor. Die Verpflichtung des Unternehmers (zur Bewirkung der Aufführung) braucht nicht erst durch eine Rücktrittserklärung beseitigt zu werden, sie hat vielmehr von vornherein niemals bestanden.

Außer Opet sprechen noch einige andere Schriftsteller von einer eventuellen Schadensersatzpflicht des Unternehmers gegenüber dem einzelnen Besucher bei Ausfall der Vorstellung, doch findet sich nirgends eine genauere Begründung für diesen Anspruch. Nur Saeger gibt eine besondere Ausgestaltung dieser Auffassung (Zeitschrift für Rechtspflege in Braunschweig 1912, Seite 10).

„Da auf den Theaterbesuchsvertrag die allgemeinen Vorschriften über gegenseitige Verträge anzuwenden sind, so wird der Besucher Ersatz des Schadens fordern können, den er dadurch erleidet, daß er sich auf die Erfüllung des Ver-

trages verlassen hatte (das negative Vertragsinteresse), also nicht bloß Rückzahlung des Eintrittsgeldes, sondern gegebenenfalls auch Ersatz der Kosten einer Eisenbahnfahrt und des erforderlichen Aufwandes."

Diese Auffassung erscheint nicht akzeptabel. Gegen die Zulassung eines Schadensersatzanspruchs sprechen die oben gegebenen Darlegungen.

Daß Saeger diesen Schadensersatzanspruch auf das negative Vertragsinteresse beschränken will, zeigt wohl, daß er doch Bedenken hat, einen Schadensersatzanspruch in regulärem Sinne anzuerkennen. Denn Schadensersatzanspruch schlechthin umfaßt immer das positive Vertragsinteresse. Nur in Ausnahmefällen beschränkt das Gesetz den Schadensersatzanspruch durch positive Vorschrift auf ein (regelmäßig) geringeres Maß, das sogenannte negative Vertragsinteresse. Dieses negative Vertrauensinteresse kann aber nur in denjenigen Fällen angewandt werden, in denen das Gesetz die Anwendung vorschreibt, §§ 122, 179, 307, 309. Es gibt nach dem BGB. keinen allgemeinen Rechtssatz des Inhalts, daß anstelle des positiven Vertragsinteresses bei gewissen Voraussetzungen das negative Interesse zu treten habe. Es kann also nicht etwa ein Schadensersatz wegen Nichterfüllung einer Vertragspflicht wegen Vorliegens besonderer Verhältnisse nur auf das negative Vertragsinteresse beschränkt werden.

Richtig ist an der Auffassung Saegers nur, daß dem Besucher das Eintrittsgeld zurückzuerstatten ist. Dieser Anspruch kann aber auch aus einem andern Gesichtspunkte als aus dem des Schadensersatzes begründet werden, worüber unten noch genauer zu handeln ist.

§ 4.

Diese Auffassung, die eine Verpflichtung des Theaterunternehmers zur Beschaffung der Aufführung nicht anerkennen kann, erfährt eine weitere klärende Beleuchtung durch den Vergleich mit einem verwandt erscheinenden Tatbestande. Der Theaterbesuchsvertrag, von dem wir handeln, ist der Vertrag zwischen dem Theaterunternehmer und dem einzelnen Theaterbesucher und zwar wird dieser Vertrag von dem Unternehmer in zahlreicher Wiederholung mit zahlreichen Einzelpersonen einzeln abgeschlossen. Es kommt aber vor, daß der Theaterunternehmer mit nur einer einzigen Person, etwa einem Saalinhaber, einen Vertrag des Inhalts schließt: der Unternehmer hat an einem bestimmten Tage oder während eines bestimmten Zeitraums mit seiner Schauspieltruppe in dem Saale des andern Teils Aufführungen zu veranstalten und erhält dafür ein bestimmtes Honorar zugesichert. Dieser Vertrag ist offenbar etwas wesentlich anderes als der Theaterbesuchsvertrag in unserm Sinne. Hier übernimmt der Theaterunternehmer gegenüber dem Saalbesitzer wirklich die Vertragspflicht, zur bestimmten Zeit die Aufführungen zu veranstalten. Man wird nicht bezweifeln, daß der Saalinhaber gegen den Theaterunternehmer einen Anspruch auf Erfüllung und bei Nichterfüllung einen Anspruch auf Schadensersatz hat. In der Literatur sind diese beiden Vertragsarten, der Theaterbesuchsvertrag und das Engagement einer Truppe, nicht immer genügend auseinandergehalten. Der Satz: „Der Theaterunternehmer verspricht die Aufführung“ hat in den beiden Fällen offenbar einen ganz verschiedenen Sinn. Ein hübsches Beispiel bietet der vom Oberlandesgericht München entschiedene Fall (Rspr. der OLG. Bd. 23, S. 46): Der

Beklagte verpflichtete sich, am 15. Februar in dem neuen Theater des Klägers in A. ein bestimmtes Stück aufzuführen, war aber mit seinem Ensemble nicht zur Stelle. Der Kläger erklärte den erschienenen Theatergästen, daß das Eintrittsgeld rückerstattet werde. Als Entschädigung für den Weg zum Theater bot er den Erschienenen die Aufführung eines andern Stückes durch sein Theaterensemble auf seine Kosten an und verwirklichte auch diese Aufführung. Mit Recht ist hier anerkannt worden, daß dem Besitzer des neuen Theaters gegen den Theaterdirektor ein Schadensersatzanspruch zusteht, weil dieser seiner Vertragspflicht zur Veranstaltung der Aufführung nicht nachgekommen ist. Anders dagegen ist das Verhältnis zwischen dem Besitzer des Theaters, der in diesem Falle die Stellung des Theaterunternehmers (Unternehmers der Theateraufführung) hat, und dem einzelnen Theaterbesucher. Die Aufführung kommt nicht zustande. Als selbstverständliche Folge erkennt der Theaterunternehmer an, daß er den Besuchern das Eintrittsgeld zurückzahlen muß. Allerdings erklärt sich in diesem Falle der Theaterunternehmer auch weiter noch bereit, den Besuchern eine Entschädigung für den vergeblichen Weg zum Theater zukommen zu lassen, indem er ihnen ohne Vergütung von einer andern Truppe ein anderes Stück vorspielen läßt. Indessen kann aus dieser gewährten Entschädigung doch nicht geschlossen werden, daß auch in diesem Falle eine Rechtspflicht zum Schadensersatze wegen Ausfalls der Vorstellung von den Beteiligten anerkannt würde. Die hier gewährte Entschädigung trägt ganz deutlich den Charakter einer freiwilligen aus Geschäftskulanz gegebenen Ersatzleistung. Wenn etwa einer dieser Besucher den Anspruch erhoben hätte, daß der Theaterunternehmer

ihm die aufgewandten Reisekosten ersetze, dann würde selbst dieser kulante Unternehmer das Verlangen gewiß abgelehnt haben, und der Theaterbesucher würde mit einer etwaigen Klage keinen Erfolg gehabt haben. Gerade der Umstand, daß ein solcher Schadensersatzanspruch von jedem einzelnen Theaterbesucher also in mannigfach verschiedener Art und Höhe je nach den individuellen Verhältnissen des einzelnen Besuchers erhoben werden könnte, bestätigt unsere Auffassung, daß aus dem Theaterbesuchsvertrage ein solcher Schadensersatzanspruch in keinem Falle hergeleitet werden kann. Der Theaterdirektor, der sich einem Saalinhaber gegenüber zur Veranstaltung einer Aufführung verpflichtet, hat es nur mit diesem einen Vertragsgegner zu tun und kann übersehen, welche Folgen die Nichtveranstaltung der Aufführung nach sich ziehen kann. Der Theaterunternehmer aber, der an mehrere hundert oder tausend verschiedene ihm einzeln unbekannte Personen ein Theaterbillett verkauft, denkt nicht daran, daß er damit zu jedem einzelnen dieser mehreren hundert oder tausend Billettkäufer in ein Vertragsverhältnis treten könnte, aus dem für ihn unter Umständen Schadensersatzpflichten erwachsen könnten, deren Umfang sich nach den individuellen Verhältnissen jedes einzelnen Besuchers bestimmen würde. Der Theaterunternehmer muß sich wohl darauf gefaßt machen, daß er bei Ausfall der Vorstellung den mehreren hundert oder tausend Besuchern ihr Eintrittsgeld zurückzahlen muß. Weitere Ansprüche aber vonseiten der einzelnen Theaterbesucher braucht er nicht zu besorgen.

§ 5.

Eine weitere Bestätigung für die Richtigkeit dieser Auf-

fassung, daß nämlich der Unternehmer auf Grund des Theaterbesuchsvertrages dem einzelnen Besucher gegenüber zur Bewirkung der Aufführung nicht verpflichtet ist, ergibt sich dann, wenn man die Frage untersucht: welche Rechte stehen dem Theaterbesucher in dem Falle zu, daß der Unternehmer die Vorstellung zwar herausbringt, aber nicht in der angekündigten Weise (etwa in anderer Rollenbesetzung), oder in ungenügender Weise (etwa in einer spottschlechten Aufführung). Wenn man eine Verpflichtung des Unternehmers zur Bewirkung der Aufführung annimmt, so muß man den Inhalt dieser Verpflichtung im einzelnen offenbar aus den Ankündigungen entnehmen, die der Theaterunternehmer über die Aufführung kundgegeben hat. Beim Abschluß des Theaterbesuchsvertrages werden ausdrücklich keine Abreden getroffen, die die Einzelheiten der Aufführung betreffen, der Vertrag enthält vielmehr seinen genaueren Einzelinhalt durch stillschweigende Bezugnahme beider Kontrahenten auf die geschehenen Ankündigungen. Der Theaterunternehmer hat öffentlich erklärt: ich werde am 22. Dezember abends 7½ Uhr Goethes „Faust“ aufführen und zwar in folgender Besetzung .....; Spielleitung Herr X. Wenn der Besucher eine Eintrittskarte zu dieser angekündigten Vorstellung erwirbt, so werden diese Angaben Bestandteil des Vertrages. Damit ist aber nicht gesagt, daß der Unternehmer durch diesen Vertrag verpflichtet wäre, die Aufführung in der angekündigten Weise herauszubringen, vielmehr können diese Ankündigungen auch in anderm Sinne Inhalt des Theaterbesuchsvertrages werden, worüber unten näher zu handeln ist. Hier ist zunächst nur zu zeigen, daß nach der Verkehrsanschauung eine solche Verpflichtung des Theaterunternehmers,

gegenüber dem einzelnen Theaterbesucher, die Vorstellung in der angekündigten Weise mit allen angekündigten Modalitäten herauszubringen, nicht angenommen werden kann. Der Unternehmer hat angekündigt, daß in Goethes Faust der Mephisto von Herrn A und das Gretchen von Fräulein B gespielt werden wird. Zu Beginn der Vorstellung wird angekündigt, daß Herr X den Mephisto und Fräulein Y das Gretchen spielen werde. Es wird kein Besucher den Anspruch erheben, er könne verlangen, daß heute Abend Herr A und Fräulein B die angekündigten Rollen spielten. Ein Wagnerfreund hat sich im März einen Platz für die Bayreuther Parsifalaufführung des Sommers erworben, nachdem angekündigt war, daß Parsifal von Herrn D gespielt werde. Im April wird mitgeteilt, daß Herr D nicht mitwirke und daß der Parsifal von Herrn Z dargestellt werden würde. Sollte in einem solchen Falle der Besitzer eines Billetts auf die Idee kommen, gegen die Verwaltung von Bayreuth eine Klage anzustrengen des Inhalts, die Verwaltung möge verurteilt werden, in der Parsifalaufführung den Parsifal von Herrn D und nicht von Herrn Z darstellen zu lassen, so würde er mit dieser Klage gewiß keinen Erfolg haben. Die Bayreuther Verwaltung würde mit Recht entgegnen, sie sei dem einzelnen Besucher gegenüber rechtlich nicht verpflichtet, die Aufführung im einzelnen so oder anders einzurichten. Für die Besetzung der Rollen, die Einrichtung und alle sonstigen Modalitäten der Aufführung seien für sie nur künstlerische, aber keine juristischen Gesichtspunkte maßgebend. Die Frage, ob der Besucher, der sein Billett auf Grund der Ankündigung erworben hat, daß Herr D den Parsifal spielen werde, nunmehr nachträglich nach der Veränderung in der Besetzung

nicht das Billet zurückgeben und den gezahlten Preis zurückverlangen kann, ist eine andere Frage, die unabhängig von der hier erörterten Frage ist, ob der Unternehmer von dem einzelnen Besucher darauf verklagt werden kann, daß er die Aufführung in der angekündigten Form herausbringt. Diese letztere Frage ist also zu verneinen.

Wenn man den Theaterunternehmer für verpflichtet erachtet, die Aufführung herauszubringen, so muß man konsequenterweise auch weiter annehmen, daß er die Aufführung in einer „vertragsmäßigen" künstlerischen Qualität herauszubringen hätte. Dieser Begriff würde schon erhebliche Schwierigkeiten machen. Will man annehmen, der Unternehmer sei jedem einzelnen Besucher verpflichtet, die Aufführung in mittlerer Art und Güte herauszubringen oder in einer dem sonstigen künstlerischen Niveau seines Theaters entsprechenden Güte, oder will man aus der Höhe des Eintrittsgeldes das Mindestmaß der von dem einzelnen Besucher zu stellenden Ansprüche bemessen? Die Konsequenz wäre, daß jeder Theaterbesucher, dem eine spottschlechte Aufführung geboten wird, etwa nach dem ersten Akte das Theater verlassen und Ansprüche wegen mangelhafter Vertragserfüllung, etwa nach Art der Wandelungs- oder Minderungs- oder Schadensersatzansprüche beim Kaufvertrage, erheben könnte. Es ist nicht anzunehmen, daß ein solcher Anspruch jemals erhoben worden ist. Die Verkehrsanschauung hält es nicht für zulässig, daß jeder einzelne Theaterbesucher, dem eine Aufführung nicht gefallen hat, auf Grund des Theaterbesuchsvertrages (d. h. des Erwerbes eines Billetts), den Theaterunternehmer vor das Amtsgericht zitieren und hier unter juristischen Gesichtspunkten die künstlerischen Leistungen des Theaterpersonals

nachprüfen lassen könnte. Diese Betrachtung führt also zu dem Ergebnis, daß der Theaterunternehmer weder für die angekündigten Details der Aufführung noch für etwaige Mängel der Aufführung einzustehen hat, in dem Sinne: die Nichtinnehaltung der Ankündigung und die ärgste Mangelhaftigkeit der Aufführung bedeuten nicht eine Verletzung seiner Vertragspflicht, durch die er im Sinne des § 326 oder im Sinne der sogenannten positiven Vertragsverletzung verantwortlich gemacht werden könnte. Die einfachste Erklärung hierfür bietet sich wieder in dem oben dargelegten Satze: der Theaterunternehmer ist dem einzelnen Besucher gegenüber nicht verpflichtet, die Aufführung herauszubringen, ist also auch nicht für die angekündigten Modalitäten und für die Mängelfreiheit der Aufführung haftbar zu machen.

§ 6.

Diese Auffassung entspricht allerdings nicht derjenigen Lehre, die von der Mehrzahl der Schriftsteller in der Materie vertreten wird. Fast alle erkennen an, daß grundsätzlich der Theaterunternehmer dem einzelnen Besucher für Mängel der Aufführung hafte.

So erklärt Rümelin (Dienst- und Werkvertrag Seite 154), es erscheine angemessen, den Theaterdirektor dafür einstehen zu lassen, daß das von ihm engagierte Personal richtig funktioniere. Wirtschaftliche Bedenken, dem Theaterdirektor diese Gefahren aufzubürden, sind nach der Meinung Rümelins nicht vorhanden. Die Konsequenz dieser Auffassung, die Rümelin übrigens daraus herleitet, daß der Theaterbesuchsvertrag mit Recht als Werkvertrag angesehen werde, würde sein, daß dem Theaterbesucher gegen den Unternehmer Anspruch auf

Wandelung oder Minderung oder Schadensersatz bei mangelhafter Aufführung zustände. Indessen scheint auch Rümelin diese von uns oben abgelehnte Konsequenz doch nicht ziehen zu wollen, denn er fährt fort: „Daraus ergibt sich, daß der Theaterdirektor bei einer Unterbrechung der Vorstellung die Gelder zurückgeben muß, soweit nicht der Teilvorstellung ein Wert beigelegt werden kann". Ob Rümelin einen Schadensersatzanspruch zugestehen will, ist aus dieser Darlegung nicht deutlich zu ersehen.

Riezler (Der Werkvertrag 1900, Seite 122), der sich über diese Frage am ausführlichsten verbreitet hat, nimmt, ebenfalls von der Auffassung aus, daß der Theaterbesuchsvertrag ein Werkvertrag sei, an, daß grundsätzlich der Unternehmer für zugesicherte Eigenschaften oder Fehler hafte. Allerdings sei der Anspruch des Besuchers auf Nachbesserung und auf Wandelung aus natürlichen Gründen ausgeschlossen. Die beiden andern Rechtsmittel dagegen, Minderung und Schadensersatz, müsse man theoretisch zugestehen. „Praktische Bedeutung freilich werden sie deshalb selten haben, weil bei Verträgen, welche Leistungen der besprochenen Art zum Gegenstande haben, nach der Verkehrssitte in der Regel eine der handelsrechtlichen Klausel tel quel sinnverwandte stillschweigende Parteivereinbarung des Inhalts zu subintellegieren sein wird, daß auf ein Rügerecht verzichtet wird. Wer ins Theater geht, übernimmt nach der Verkehrssitte von vornherein das Risiko, sein Geld auch dann auszugeben, wenn die Vorstellung schlecht ist; eine entgegenstehende besondere Zusicherung der Theaterleitung kann nicht als Garantieübernahme aufgefaßt werden. Aber jene stillschweigende Klausel ist doch nur innerhalb gewisser Grenzen

anzunehmen; es lassen sich schon Fälle denken, in welchen die Leistung mit den gemachten Zusicherungen und dem, was billigerweise erwartet werden durfte in einem derartigen Mißverhältnis stehen, daß der Richter einen Anspruch auf Minderung oder Schadensersatz wird zubilligen müssen; so, wenn das Auftreten eines Virtuosen angekündigt wird und ein Stümper erscheint, der kaum die Anfangsgründe hinter sich hat, oder wenn in einem französischen Vortragsabend sich herausstellt, daß der Redner ein Deutscher ist, der keinen Satz korrekt französisch spricht. Die Berechnung der Minderung ist in diesen und ähnlichen Fällen nicht unmöglich; es muß eben der Wert des tatsächlich Gebotenen nach sachverständigem Ermessen in Geld veranschlagt werden; ist er gleich Null, so kommt die Minderung in ihrem praktischen Erfolge einer Wandelung gleich".

Wie diese Sätze zeigen, will Riezler also einen Schadensersatzanspruch theoretisch wohl zulassen, aber der Schluß seiner Ausführungen läßt doch nicht deutlich erkennen, daß er auch praktisch einen Schadensersatzanspruch anerkennt, der über den Anspruch auf Rückzahlung des Eintrittsgeldes hinausgeht.

Auch Lotmar (Lotmar, der Arbeitsvertrag 1908, Band II, Seite 664) geht von der Anschauung aus, der Theater- und Konzertbesuchsvertrag sei ein Arbeitsvertrag, also nach der Terminologie des BGB. ein Werkvertrag, und nimmt deshalb grundsätzlich an, daß der Theaterunternehmer für die Mängel der Vorstellung hafte. Er beseitigt dann diesen Satz aber wieder durch die Annahme, daß zufolge der Verkehrssitte und danach stillschweigender Übereinkunft diese Rechtsfolge beim Theaterbesuchsvertrage nicht Platz greift. „Hier ent-

sagt der Besucher allen Ansprüchen, selbst wenn die ihm geleistete Arbeit (die Aufführung) unter aller Kritik ist.“

Diesen Darlegungen von Lotmar und Riezler schließt Saeger a. a. O. Seite 11 sich an und fügt dann noch weiter hinzu: „In analoger Anwendung des § 635 BGB. würde dann auch Schadensersatz wegen Nichterfüllung (also mindestens Rückgabe des Billettpreises) verlangt werden können, wenn der Mangel des Werkes auf einem vom Unternehmer zu vertretenden Umstande beruhe“. Auch Saeger also leitet die Schadensersatzpflicht aus dem Werkvertrag oder doch werkvertragsähnlichen Charakter des Theaterbesuchsvertrages ab. Ganz rückhaltlos aber scheint sich auch Saeger zu dieser Rechtsfolge nicht bekennen zu wollen, denn die Parenthese „also mindestens Rückgabe des Billettpreises“ macht es wieder sehr zweifelhaft, ob Saeger einen darüber hinausgehenden Anspruch auf Schadensersatz wirklich anerkennen will.

Alle diese Zitate, die aus einer größeren Anzahl von Dissertationen noch vervollständigt werden könnten, bieten also denselben Gedankengang. Der Theaterbesuchsvertrag ist ein Werkvertrag; aus dem Werkvertrage entstehen für den Besteller Schadensersatzansprüche: diese also müssen grundsätzlich auch dem Theaterbesucher gegen den Theaterunternehmer zugestanden werden. Praktisch sind solche Ansprüche indessen in der Regel doch wohl nicht zu gewähren, da die Verkehrssitte sie nicht anerkennt.

In der hier vorliegenden Untersuchung ist umgekehrt von der Verkehrssitte der Ausgang genommen und festgestellt, welche Ansprüche dem Besucher gegen den Unternehmer im einzelnen zustehen. Diese Untersuchung ist aber noch in einigen Richtungen fortzuführen.

§ 7.

Wenn nach der bisherigen Untersuchung der Theaterbesucher keinen Anspruch gegen den Theaterunternehmer auf Bewirkung der Aufführung hat, so fragt sich, welcher Art sind denn sonst die Rechte, die dem Besucher aus dem Theaterbesuchsvertrage zustehen. Irgendwelche Rechte müssen es doch wohl sein, die der Besucher sich mit seinem Billett erkauft. Von dem Rechte, den erkauften numerierten Platz einzunehmen, soll hier nicht die Rede sein, da dies ein wesentliches Stück des Theaterbesuchsvertrages nicht ist, vielmehr eine Begleiterscheinung, die für sich zu betrachten ist. Es ist ein Theaterbesuchsvertrag denkbar, bei dem der Besucher nicht Anspruch auf einen bestimmten Platz hat, etwa in einem Volkstheater, bei dem nur Eintrittskarten zu einem Einheitspreise ausgegeben werden und jeder Besucher selbst dafür sorgen mag, wo er Platz findet. Schaltet man sonach aus den Rechten des Besuchers das Recht auf einen bestimmten Platz aus, so bleibt als Recht des Besuchers lediglich über: das Recht auf Anwesenheit bei der Vorstellung, d. h. auf ungestörten Aufenthalt in dem Zuschauerraum während der Vorstellung. Der Inhaber eines Billetts hat einen klagbaren Anspruch darauf, zu der für den Beginn der Vorstellung festgesetzten Zeit in den Zuschauerraum eingelassen zu werden und während der Aufführungszeit darin belassen zu werden. Er hat auch wohl weiter noch den Anspruch darauf, daß die räumlichen Verhältnisse und die Besucherzahl von dem Theaterunternehmer so gehalten werden, daß eine ordnungsmäßige Beobachtung der Bühnenvorgänge (mit Auge und Ohr) möglich bleibt. Wenn von einem Unternehmer, dessen Theater nur 600 Personen faßt, 1000 Ein-

trittskarten verkauft werden, so können diejenigen 400 Besucher, die keinen Platz mehr finden, den Unternehmer wegen Nichterfüllung seiner Vertragspflicht in Anspruch nehmen und zwar wird hier anzuerkennen sein, daß hier wirkliche vertragliche Leistungspflichten des Theaterunternehmers vorliegen, deren Nichterfüllung den einzelnen davon betroffenen Besucher zum Schadensersatzanspruche berechtigt. Die Verpflichtung des Theaterunternehmers umfaßt dabei auch mancherlei Nebenleistungen in verschiedenem Sinne. So wird der Theaterunternehmer für verpflichtet zu halten sein, den Zuschauerraum gehörig zu heizen, vor Zugluft zu schützen, in gehörigem baulichen Zustande zu erhalten und ständig darauf zu kontrollieren, ob er nicht bauliche und sonstige Mängel aufweist, durch die die Gesundheit oder das Eigentum der Besucher geschädigt werden können. Dies bezieht sich auch auf Zugänge zum Theater. So hat das Reichsgericht in einer Entscheidung vom 4. Februar 1907 (Blätter für Rechtsanwendung Bd. 72, Seite 537) anerkannt, daß der Theaterunternehmer dem einzelnen Theaterbesucher, der im Besitz eines Billetts ist, gegenüber verpflichtet sei, für die Sicherheit und Gefahrlosigkeit der Zugänge zum Theater zu sorgen. Ebenso würde man einen Schadensersatzanspruch einer das Theater besuchenden Dame anerkennen müssen, wenn diese sich in der Loge an einem hervorstehenden Nagel das seidene Kleid zerreißt. Desgleichen ist der Theaterunternehmer haftbar, wenn durch fehlerhaftes Funktionieren der Theatermaschinerie, etwa dadurch, daß ein schwerer Körper in den Zuschauerraum fällt, ein Besucher verletzt wird. In allen solchen Fällen haftet der Theaterunternehmer, wenn in seinem (oder seiner Leute, § 278) Verhalten, ein Verschulden gefunden

werden kann, mit der Vertragsklage, nicht etwa nur deliktisch nach §§ 823, 831. In Ansehung der Aufführung selbst steht es aber dem Theaterunternehmer frei, ob er sie vor sich gehen lassen will oder nicht. Auch durch den Beginn der Vorstellung ändert sich daran nichts; wenn aus irgend einem Grunde die Vorstellung abgebrochen wird, entsteht zwar die Frage, ob der Unternehmer den ganzen Betrag oder nur einen Teilbetrag des Eintrittsgeldes zurückgeben muß. Ein Anspruch auf Beendigung der Vorstellung und eventuell auf Schadensersatz dürfte auch hier nicht anzuerkennen sein. Ob der Theaterdirektor die begonnene Vorstellung zu Ende führen oder sie abbrechen will, das hat er mit seiner künstlerischen Gewissenhaftigkeit abzumachen, juristisch ist er den einzelnen Theaterbesuchern hierüber keine Rede und Antwort schuldig. Daß ein so ungewöhnlicher Vorgang, wie das Abbrechen einer begonnenen Vorstellung, nur selten geschieht und daß in diesen seltenen Fällen der Direktor dann stets die zwingenden Gründe dem Publikum auseinanderzusetzen für nötig hält, liegt nicht auf dem Gebiete der Rechtspflichten und -befugnisse.

Die genaue Untersuchung der über den Theaterbesuchsvertrag bestehenden Verkehrsanschauung hat hiernach folgende Sätze ergeben, wobei juristische Konstruktionsfragen zunächst gänzlich außer Acht gelassen sind.

Die Rechte des Besuchers aus dem Theaterbesuchsvertrage sind keine andern als die: er hat das Recht, der für einen bestimmten Zeitpunkt an einem bestimmten Orte angekündigten Vorstellung beizuwohnen, falls sie stattfindet; er hat aber keinen Anspruch darauf, daß sie stattfindet.

Wenn die Vorstellung aber ausfällt, hat er das Recht, Rückgabe des gezahlten Eintrittspreises zu verlangen.

§ 8.

Sind hiermit die aus dem Theaterbesuchsvertrage sich ergebenden Rechte und Pflichten (und zwar zunächst unter Beiseitelassung der rechtlichen Beziehungen, die sich an den Erwerb eines numerierten Platzes knüpfen) nach Maßgabe der Verkehrsanschauung aufgezählt, so fragt sich nun: wie ist ein Vertrag dieses Inhalts juristisch zu klassifizieren.

Bei Prüfung der rechtlichen Natur des Theaterbesuchsvertrages gehen die Schriftsteller fast durchweg von der als selbstverständlich zugrunde gelegten Auffassung aus, daß der Theaterunternehmer zwei Vertragspflichten habe:

1. Gewährung eines Platzes im Theater,
2. Bewirkung der Aufführung.

(Saeger a. a. O. Seite 6: „Die dem Unternehmer obliegenden Verpflichtungen sind: Veranstaltung der Aufführung und Einräumung eines Platzes".)

Vielfach wird dabei die Wendung gebraucht: „Gegenstand des Theaterbesuchsvertrages ist die Aufführung, also ein immaterielles opus", und hieran wird dann die Erörterung geknüpft, daß auch ein solches immaterielles opus Gegenstand des Werkvertrags sein könne. Gerade in dieser Wendung: „Gegenstand des Werkvertrages ist das opus der Aufführung" verbirgt sich aber die Unklarheit, in der die herrschende Meinung befangen bleibt.

Es ist zwar richtig, daß die Aufführung den Gegenstand des Theaterbesuchsvertrages bildet; diese Wendung läßt aber eine doppelte Deutung zu. Sie kann bedeuten:

Der Theaterunternehmer verspricht die Aufführung. Sie kann aber auch bedeuten: Der Vertrag zwischen Unternehmer und Besucher betrifft die angekündigte Aufführung. Ganz überwiegend wird in der Literatur die erste Auffassung vertreten. Die herrschende Meinung sieht nämlich in dem Theaterbesuchsvertrage einen Werkvertrag, und zwar sieht man als das Werk, dessen Herstellung versprochen wird, die Aufführung an (Enneccerus: „denn die Aufführung wird versprochen", Saeger, Seite 8: „Inhalt der Leistungspflicht beim Theaterbesuchsvertrage ist die Herbeiführung eines Arbeitserfolges, nämlich der Aufführung"). Nach der von uns gegebenen Darlegung ist diese Auffassung unannehmbar. Der Werkvertrag ist ein gegenseitiger (aus Leistung und Gegenleistung bestehender) Vertrag, durch den sich der eine Teil zur Herstellung eines Werkes, der andere Teil zur Zahlung einer Vergütung für dieses Werk verpflichtet. Die Verpflichtung zur Herstellung eines Werks auf der einen Seite muß dabei als Essentiale des Werkvertrages angesehen werden. Wo der eine Teil sich nicht zur Herstellung eines Werkes verpflichtet, liegt kein Werkvertrag vor. Der Theaterunternehmer verpflichtet sich nicht zur Veranstaltung der Aufführung. Ein Werkvertrag, dessen Gegenstand die Aufführung wäre, ist der Theaterbesuchsvertrag also nicht. Bleibt die Frage, ob der Theaterbesuchsvertrag nicht doch auch mit dem hier festgestellten Inhalte als Werkvertrag anzusehen ist: Der Unternehmer verpflichtet sich, den Besucher zu der Aufführung zuzulassen. Kann man die Zulassung zur Aufführung als ein Werk im Sinne des § 631 BGB. ansehen? Das erscheint nicht angängig. Das Wesen der Leistung, die der Unternehmer beim Werkvertrage verspricht, wird dadurch

gekennzeichnet: Der Unternehmer hat einen Arbeitserfolg herzustellen durch eigene oder fremde Tätigkeit. Unentbehrlich bei diesem Begriffe ist also eine Arbeitstätigkeit. Wer sich lediglich verpflichtet, dem andern den Zutritt zu einem Theaterraume zu gestatten, verspricht keinen Arbeitserfolg. Man braucht nicht so weit zu gehen, daß man in solcher Verpflichtung zur Gestattung des Eintritts lediglich eine Unterlassungspflicht erblickt. Die Vertragspflichten des Theaterunternehmers erschöpfen sich nicht darin: keine Veranstaltungen zu treffen, die den Besucher am Betreten des Theaters hindern könnten. Der Unternehmer hat vielmehr wie oben angegeben, Sorge dafür zu tragen, daß der Besuch des Theaters jedem Besucher ohne Gefährdung von Gesundheit und Eigentum möglich ist, daß jeder Besucher die Vorgänge auf der Bühne gehörig wahrnehmen kann. Doch können diese Leistungen nicht unter den Gesichtspunkt eines Arbeitserfolges gebracht werden. Es ist vielmehr anzunehmen, daß in dem Theaterbesuchsvertrage eine besondere Vertragsart vorliegt. Pickardt, der in seiner 1912 erschienenen Dissertation als erster mit Nachdruck diese Gesichtspunkte hervorgehoben hat, weist auch ganz zutreffend darauf hin, daß ein Vertrag dieses Inhalts in gleicher juristischer Gestaltung in mancherlei andern Tatbeständen anzutreffen ist. Insbesondere ist der Vertrag, durch den der Besitzer einer Galerie gegen Zahlung eines Eintrittsgeldes die Besichtigung der ausgestellten Bilder gestattet, seinem Wesen nach juristisch dasselbe wie der Theaterbesuchsvertrag.

Die von Pickardt für solche Verträge vorgeschlagene Bezeichnung „Schaustellungsvertrag“ scheint angemessen zu sein. Das juristische Wesen dieser Verträge bedarf allerdings einer

genaueren Betrachtung, wobei die Vergleichung mit dem Werkvertrage auch weiterhin von Nutzen sein wird.

Der Schaustellungsvertrag ist ein gegenseitiger Vertrag; beide Vertragsteile übernehmen die Verpflichtung zu einer Leistung, und diese stehen im Verhältnis von Leistung und Gegenleistung. Daß der Vertrag auf seiten des Besuchers meist ein Bargeschäft ist, indem bei Eingehung des Vertrages der Besucher seine Vertragsleistung (Zahlung des Eintrittsgeldes) sofort entrichtet, ändert an dem Charakter der Gegenseitigkeit nichts, auch der Barkauf ist nicht weniger wie der Kreditkauf als ein gegenseitiger Vertrag anzusehen (Vergl. Enneccerus § 324). Die im Austausch sich gegenüberstehenden Leistungen sind:

1. Der Besucher hat das Eintrittsgeld zu bezahlen.
2. Der Unternehmer hat den Besucher zur bestimmten Zeit zu der Aufführung oder sonstigen Schaustellung zuzulassen.

Von andern dem Unternehmer obliegenden Nebenverpflichtungen ist oben gesprochen: Sorge für Ermöglichung der gehörigen Wahrnehmung und Verhinderung jeder Gefährdung..

Stellt man diese beiden Leistungen als Inhalt der beiderseitigen Vertragspflichten auf, so ergibt sich unbedenklich, daß diese Leistungen im Austauschverhältnis stehen. Der Besucher bezahlt 3 Mark und erwirbt dafür das Eintrittsrecht; der Unternehmer räumt dem Besucher das Eintrittsrecht ein und läßt sich dieses Recht mit 3 Mark bezahlen.

§ 10.

Wenn wir danach auf den Theaterbesuchsvertrag die

allgemeinen Grundsätze über gegenseitige Verträge, § 320 ff. BGB., anwenden, so ergeben sich dabei noch einige bemerkenswerte Sätze. Die Verpflichtung des Unternehmers geht auf Zulassung des Besuchers zu der an einem bestimmten Zeitpunkte angesetzten Aufführung. Wenn die Aufführung nicht stattfindet, ist die Erfüllung dieser Vertragspflicht unmöglich. Der Zeitpunkt der Aufführung ist nach der Verkehrsanschauung ein so wesentliches Moment in dem Vertragsinhalt, daß die Leistung nur, wenn sie in dem angekündigten Zeitpunkt stattfindet, als Vertragserfüllung angesehen werden kann. Weder kann der Theaterunternehmer dem Besucher erklären: Die Aufführung findet nicht heute statt, sie wird auf morgen verschoben, noch kann der Besucher, wenn die Vorstellung an dem angekündigten Abend ausfällt, verlangen, daß er zu der nächsten Vorstellung desselben Stückes zugelassen wird. Es ergibt sich also, daß in dem Augenblick, wo der angekündigte Zeitpunkt für die Aufführung verstrichen ist, die eigentliche Vertragserfüllung (Zulassung zur Aufführung) auf seiten des Unternehmers nicht mehr in Frage kommt. Wie oben dargelegt ist, geht nunmehr die Pflicht des Theaterunternehmers (und das Recht des Besuchers) lediglich auf Rückzahlung des Eintrittsgeldes. Daß bei Ausfall der Vorstellung und bei Repertoireänderung — das zweite steht für den Regelfall dem ersteren gleich — der Theaterbesucher immer ein Recht auf Rückzahlung des Eintrittsgeldes hat, ist oben auf Grund der Verkehrsanschauung und in Übereinstimmung mit allen Schriftstellern festgestellt worden. Die rechtliche Konstruktion dieses Anspruchs ist aber noch wenig und durchaus nicht in übereinstimmendem Sinne in der Literatur erörtert worden. Dieser unzweifelhaft bestehende

Rückforderungsanspruch wird von einigen Schriftstellern als Schadensersatzanspruch konstruiert, insbesondere von Opet.

Diese Konstruktion des Rückforderungsrechts als Schadensersatzanspruchs befriedigt durchaus nicht. Ein Schadensersatzanspruch ist normalerweise nur gegeben bei schuldhafter Vertragsverletzung, soweit nicht besondere gesetzliche Vorschriften etwas anderes bestimmen. Solche Vorschriften kommen hier nicht in Frage, da der Schaustellungsvertrag gesetzlich überhaupt nicht geregelt ist. Der Anspruch auf Rückzahlung des Eintrittsgeldes ist aber nicht davon abhängig, ob der Ausfall der Vorstellung von dem Unternehmer verschuldet ist oder nicht. Weder braucht der Theaterbesucher, der sein Eintrittsgeld für eine ausgefallene Vorstellung zurückverlangt, darzutun, daß der Unternehmer an dem Ausfall der Vorstellung schuld sei, noch kann der Theaterunternehmer die Rückzahlungspflicht dadurch von sich abwehren, daß er nachweist, die Aufführung habe aus zwingenden von ihm nicht verschuldeten Umständen nicht stattfinden können. Für den Theaterbesucher kann es ganz gleichgültig sein, ob die Aufführung ausfällt, weil die Primadonna erkrankt und Ersatz nicht zu beschaffen ist, oder ob sie ausfällt, weil die Primadonna mit Recht das Auftreten ablehnt, da ihr die rückständige Gage nicht gezahlt ist. Das Rückforderungsrecht ist in jedem Falle begründet, und andererseits ist ein über das Rückforderungsrecht hinausgehender Schadensersatzanspruch auch dann nicht begründet, wenn das Unterbleiben der Aufführung vom Unternehmer verschuldet ist, wie oben auf Grund der Verkehrsanschauung ausgeführt worden ist. Ein anderer Schriftsteller (Saeger) begegnet dieser letzteren Einwendung dadurch, daß er den Schadensersatzanspruch

auf das negative Vertragsinteresse beschränken will. Saeger gibt dem Theaterbesucher einen Anspruch auf Rückzahlung „des Eintrittsgeldes, eventuell einschließlich der Vorverkaufsgebühr, sowie gegebenenfalls auch Ersatz der Kosten einer Eisenbahnfahrt und des erforderlichen Aufwandes". Daß diese Annahme willkürlich ist und nicht gebilligt werden kann, ist oben schon ausgeführt; auch läßt Saeger jede nähere Angabe über die Voraussetzungen dieses Schadensersatzanspruches vermissen.

Andere Schriftsteller sehen in dem Rückforderungsanspruch lediglich eine condictio, also einen außervertraglichen Bereicherungsanspruch, der genauer wohl als condictio causa data causa non secuta zu kennzeichnen wäre — (Pickardt, Seidenschnur). Danach wäre der Rückforderungsanspruch juristisch ebenso aufzufassen wie der Anspruch eines Vaters, der dem Verlobten seiner Tochter ein Kapital als Mitgift ausgehändigt hat, auf Rückforderung dieses Kapitals bei Nichtzustandekommen der Hochzeit. Doch wird ein solcher außervertraglicher Anspruch der Sachlage nicht gerecht. Zwischen dem Vater und dem Verlobten der Tochter besteht kein Vertragsverhältnis und wird auch durch die Hingabe der Mitgift kein Vertragsverhältnis begründet. Das Nichtzustandekommen der Heirat hat also keine Beziehung zu einem Vertragsverhältnis zwischen dem Geber und dem Empfänger der Mitgift. Gerade weil kein Vertragsverhältnis zwischen diesen beiden besteht, bietet sich für den Rückforderungsanspruch nur die Konstruktion der Bereicherungsklage. Anders beim Theaterbesuchsvertrage. Hier liegt ein Vertragsverhältnis vor, in dessen Erfüllung der Besucher das Eintrittsgeld bezahlt und aus dem Inhalt dieses Vertrages ist auch der unter

Umständen gegebene Anspruch auf Rückzahlung des Eintrittsgeldes herzuleiten. Wäre der Anspruch auf Rückzahlung des Eintrittsgeldes bei Ausfall der Vorstellung lediglich ein Bereicherungsanspruch, so würde das Konsequenzen haben, die von der Verkehrsanschauung nicht gebilligt werden. Nehmen wir an, es haben 100 Besucher an der Theaterkasse jeder ein Billett für 2 Mark gekauft. Nachdem die Besucher im Zuschauerraum eine halbe Stunde auf den Beginn der Vorstellung gewartet haben, tritt der Direktor mit der Mitteilung auf, die Vorstellung müsse ausfallen, da die 1. Liebhaberin mitsamt dem Theaterkassierer und der ganzen Theaterkasse verschwunden sei. Er könne deshalb auch die Eintrittsgelder nicht zurückzahlen, sei dazu nach § 818 Absatz 3 BGB. nicht verpflichtet, da er um die gezahlten Eintrittsgelder nicht mehr bereichert sei. Die enttäuschten Besucher werden in Übereinstimmung mit der Verkehrsanschauung hiermit nicht zufrieden sein. Ihr Anspruch auf Rückzahlung geht nicht nur auf Herausgabe der Bereicherung, sondern entspringt aus dem Theaterbesuchsvertrage und wird durch die Unterschlagung des ungetreuen Kassierers nicht beeinflußt.

§ 11.

Wenn nach dieser Darlegung der Anspruch des Besuchers auf Rückzahlung des Eintrittsgeldes nicht ein bloßer Bereicherungsanspruch ist, sondern ein vertraglicher Leistungsanspruch, so zeigt sich darin eine andere rechtliche Struktur als in dem Falle der Unmöglichkeit der Gegenleistung, den § 323 regelt. Diese gesetzliche Vorschrift betrifft einen äußerlich ähnlich scheinenden Tatbestand. Der eine Vertrags-

teil (der Besucher) hat seine Leistung erbracht (das Eintrittsgeld bezahlt). Die dem andern Teil obliegende Gegenleistung unterbleibt. Für den Fall, daß diese Gegenleistung unterbleibt, weil sie unmöglich geworden ist, bestimmt § 323 III, daß der erste Kontrahent die von ihm bereits erbrachte Leistung zurückfordern kann, aber nur nach den Grundsätzen über ungerechtfertigte Bereicherung, also mit der erheblichen Milderung, daß die Rückgabepflicht wegfällt, soweit der Empfänger nicht mehr bereichert ist (§ 818 III). Wäre diese Vorschrift auf den Fall des Unterbleibens der Vorstellung anzuwenden, so würde die obige Deduktion, wonach der Theaterunternehmer das Eintrittsgeld auch dann zurückzahlen müsse, wenn der Theaterkassierer mit sämtlichen Eintrittsgeldern durchgebrannt war, unrichtig sein. Indessen ist die Anwendung dieses § 323 Absatz III auf unseren Fall des Schaustellungsvertrages nicht geboten; sie ist um deswillen ausgeschlossen, weil nach dem Inhalt des Schaustellungsvertrages, der der Verkehrsanschauung zu entnehmen ist, der Unternehmer sich von vornherein vertraglich dahin verpflichtet, das Eintrittsgeld zurückzuzahlen, falls die Aufführung nicht stattfindet.

Es liegt hierin eine Besonderheit des Schaustellungsvertrages: der Vertrag ist zwar principaliter auf die Zulassung zur Schaustellung gerichtet, eventualiter aber, d. h. für den Fall, daß die Schaustellung nicht stattfindet, verpflichtet sich der Unternehmer zugleich zur Rückzahlung des Eintrittsgeldes. Diese Eventualverpflichtung wird man nach der Verkehrsanschauung unbedenklich als Inhalt des Schaustellungsvertrages feststellen können. Dadurch unterscheidet sich der Schaustellungsvertrag von andern gegen-

seitigen Verträgen, z. B. dem Kaufvertrage. Wenn dem Verkäufer eines Pferdes, der den Kaufpreis bereits empfangen, aber das Pferd noch nicht übergeben hat, das Pferd und zugleich das Kaufgeld gestohlen wird, so braucht er das Pferd nicht mehr zu liefern wegen unverschuldeten Unvermögens und den Kaufpreis nicht zurückzuzahlen, weil er nicht mehr darum bereichert ist. Beim Kaufvertrage kann man aber auch nicht sagen, daß der Vertrag von vornherein den Inhalt habe, der Verkäufer hat das Pferd zu liefern, oder wenn dies unterbleibt, den im voraus gezahlten Kaufpreis zurückzugeben. Jedenfalls ist dieses die Auffassung des Gesetzes, gegen die vielleicht Bedenken zu erheben waren (s. dazu Dernburg II, 1 § 96 zu I, 3 sowie Oertmann zu § 323 Absatz 3).

Wenn man übrigens der oben erörterten Meinung folgt, daß der Unternehmer zwar zur Bewirkung der Aufführung verpflichtet, aber berechtigt sei, von diesem Vertrage zurückzutreten, so wäre die Anwendbarkeit des § 323 III ausgeschlossen. Bei Rücktritt vom Vertrage bemißt sich die Rückerstattungspflicht der Kontrahenten nicht nach den Grundsätzen über ungerechtfertigte Bereicherung, sondern nach den strengeren Grundsätzen des § 346 ff. Nach diesen Grundsätzen würde der Empfänger einer Geldzahlung von der Rückgabepflicht nicht dadurch befreit werden, daß ihm das empfangene Geld gestohlen wird (vergl. § 279).

Insofern würde also die Annahme eines Rücktrittsrechtes auf seiten des Unternehmers zu dem von der Verkehrsanschauung gebilligten Ergebnis führen, daß der Theaterunternehmer das im voraus empfangene Eintrittsgeld auch dann zurückzahlen muß, wenn er um die empfangenen Gelder nicht

mehr bereichert ist. Dasselbe Ergebnis läßt sich aber auch, wie gezeigt, in befriedigender Weise aus der rechtlichen Besonderheit des Schaustellungsvertrages herleiten.

Die rechtlichen Besonderheiten des Theaterbesuchsvertrages liegen also darin: Der Unternehmer verspricht dem Besucher, daß er ihm bei Nichtzustandekommen der Aufführung das Eintrittsgeld zurückzahlen werde ohne Rücksicht darauf, aus welchem Grunde die Vorstellung unterbleibt. Zugleich erklärt der Unternehmer, daß er eine weitergehende Haftung auf Schadensersatz wegen Nichtzustandekommens der Vorstellung ablehne. Man kann dies auch so ausdrücken: Der Theaterunternehmer verpflichtet sich dem einzelnen Besucher gegenüber nicht, die Vorstellung zu veranstalten, er übernimmt aber die Garantie dafür, daß die Vorstellung zustande kommt, dies aber nur in dem Sinne, daß er sich zur Rückzahlung des Eintrittsgeldes unter Ausschließung weiterer Schadensersatzleistung verpflichtet.

§ 12.

Die im Vorstehenden behandelten Merkmale des Theaterbesuchsvertrages ergeben sich aus der Beurteilung eines Tatbestandes, der mit dem regulären Theaterbesuchsvertrage nicht ganz übereinstimmt. Es ist bisher ganz unerörtert geblieben, daß beim Theaterbesuchsvertrage der Besucher in der Regel einen bestimmten Platz erwirbt, d. h. das Recht auf die Benutzung dieses numerierten Platzes während der Vorstellung. Wenn dieses Moment in der bisherigen Darlegung nicht behandelt wurde, so erschien dies um deswillen zulässig, weil es begrifflich ein notwendiger Bestandteil des Theaterbesuchsvertrages nicht ist. In der weit überwiegenden Anzahl aller

Vertragsfälle wird zwar zugleich mit dem Eintrittsrechte das Recht auf einen bestimmten numerierten Platz im Theater erworben, begrifflich aber liegt ein Theaterbesuchsvertrag von gleicher juristischer Natur auch dann vor, wenn keine numerierten Billette, sondern nur Eintrittskarten zu gleichem Preise für sämtliche vorhandenen Plätze ausgegeben werden und jedem Besucher selbst überlassen bleibt, sich einen Platz auszusuchen. In dem Regelfalle findet sich aber beim Theaterbesuchsvertrage außer den oben erörterten Rechtsbeziehungen noch ein weiteres Moment von rechtlicher Erheblichkeit: Der Besucher erwirbt mit dem Eintrittsrechte zugleich das Recht auf einen bestimmten Platz. Welchen Inhalt hat dieses Recht?

Der Besucher hat mit dem Erwerbe dieser Platzkarte gegen den Unternehmer einen vertraglichen obligatorischen Anspruch auf Gestattung der Benutzung dieses Platzes während der Vorstellung; der Unternehmer hat die vertragliche Pflicht, dafür zu sorgen, daß mit Beginn der Vorstellung der Platz dem Besucher zur ungehinderten Benutzung zur Verfügung steht. Wenn also der Besucher seinen Platz bei Beginn der Vorstellung anderweit besetzt findet, kann er gegen den Unternehmer den Anspruch erheben, daß der Unternehmer ihm den Platz freimacht, und für den Fall, daß dieses nicht gelingt, kann er Schadensersatz fordern. Er braucht sich in diesem Falle nicht damit abspeisen zu lassen, daß ihm das Eintrittsgeld zurückgezahlt wird, vielmehr stehen ihm die weitergehenden Ansprüche zu, die einem Vertragsteile gegen den andern bei Nichterfüllung des Vertrages gegeben sind.

Der Anspruch des Besuchers gegen den Unternehmer geht nicht nur auf Einräumung des Platzes zu Beginn der Vorstellung, sondern auch auf Gewährung der Benutzung

während der ganzen Vorstellung. Wenn also der Besucher seinen Platz nach Beendigung einer Pause, während deren er im Foyer gewesen war, seinen Platz von einem Dritten besetzt findet, kann er sich auch jetzt wieder an den Unternehmer halten und verlangen, daß dieser den Platz freimacht.

Nebenpflichten des Theaterunternehmers in Ansehung der Platzbenutzung sind in ähnlicher Weise festzustellen wie in dem ersten Abschnitte: Der Unternehmer muß dafür sorgen, daß bei Benutzung dieses Platzes Gesundheit oder Eigentum des Besuchers nicht gefährdet werden. Wenn z. B. der Stuhlsitz Parkett Nr. 7, als der Besucher sich auf ihn niedersetzt, zusammenbricht, so haftet der Unternehmer aus dem Vertrage auf Schadensersatz, sofern er an dem Unfall schuld ist. Als Pflichten des Theaterbesuchers sind keine besonderen anzuführen. Das von ihm gezahlte Eintrittsgeld enthält die Gegenleistung, sowohl für die Zulassung zur Vorstellung überhaupt als auch für die Einräumung des besonderen Platzes. Daß auch vom Standpunkt des Besuchers aus diese beiden Leistungen des Theaterunternehmers begrifflich geschieden werden müssen, ergibt am besten die Tatsache, daß ein Platz im I. Rang teurer zu bezahlen ist, als ein Platz im III. Rang. Der Wert der ersten Vertragsleistung des Unternehmers (Gestattung der Anwesenheit bei der Aufführung) ist für alle Besucher der gleiche. Die Aufführung ist als künstlerische Produktion für alle Besucher eine und dieselbe, der Kunstgenuß steht dem Galeriebesucher in gleicher Weise zur Verfügung wie dem Logengaste. Dennoch zahlt der Logengast vielleicht das Zehnfache von dem, was der Galeriebesucher zahlt. Diesen Mehrbetrag zahlt der Logengast für seinen Platz, für die wirklichen und vermeint-

lichen Vorteile, die ihm sein Platz bietet bei Wahrnehmung der Bühnenvorgänge gegenüber einem Galerieplatze. Die Verschiedenheit der Eintrittspreise für verschiedene Klassen von Plätzen weist mit Sicherheit darauf hin, daß in dem Eintrittsgelde die Vergütung für ein doppeltes zu erblicken ist, einmal für die Zulassung überhaupt und dann für die Einräumung eines bestimmten Platzes und Gewährleistung seiner Benutzung.

Pflichten hat der Theaterbesucher nach Bezahlung des Eintrittspreises auch in dieser Hinsicht gegen den Unternehmer nicht, er ist nicht verpflichtet, den Platz wirklich einzunehmen, kann ihn vielmehr unbesetzt lassen.

Es fragt sich, ob sich bei diesem Rechtsverhältnis außer den angegebenen obligatorischen Wirkungen etwa auch dingliche Beziehungen ergeben. Man muß fragen: Wird der Theaterbesucher dadurch, daß er zu Beginn der Vorstellung seinen Platz einnimmt, Besitzer dieses Platzes im Sinne des § 854 BGB.? Man wird die Frage bejahen müssen. Mit dem Augenblick, wo der Besucher seinen Platz eingenommen hat, hat er eine tatsächliche Herrschaft über diesen Platz gewonnen, die von der Verkehrsanschauung als solche für die Dauer der Vorstellung respektiert wird. Daraus folgt, daß dem Inhaber des Platzes der Besitzschutz zuzugestehen ist. Die Selbsthülferechte des Besitzers könnten auch wohl einmal praktisch werden. Der Theaterbesucher also, der seinen Platz in der Pause verlassen hat und beim Wiedereintritt sieht, daß sich eine andere Person auf seinen Platz setzt, könnte danach seinen Platz unter Gewaltanwendung sich wiederverschaffen. Ob in solcher Besetzung des Platzes von einem Dritten eine Besitzentziehung oder bloß eine Be-

sitzstörung zu finden ist, die den Besitzstand des ersten Inhabers dieses Platzes unberührt läßt, kann zweifelhaft sein. Da indessen die tatsächliche Herrschaft des Benutzers über einen solchen Theaterplatz in jedem Falle nur eine recht lockere und kurzdauernde ist, so muß man wohl annehmen, daß diese Herrschaft schon dann verloren geht, wenn ein anderer sich auf den Stuhl niederläßt. Denn damit ist für den bisherigen Benutzer dieses Stuhles jede Möglichkeit zu irgendwelcher Herrschaftsausübung in Ansehung dieses Platzes verloren gegangen. Die dem ersten Benutzer zustehenden Selbsthülfebefugnisse beständen also in der gewaltsamen Entsetzung des Eindringlings und wären nur zulässig sofort nach der Besetzung des Platzes durch den Dritten.

Die hervorgehobenen Momente (Zahlung einer Vergütung, Benutzungsrecht eines Platzes, Besitzrecht) sind die Merkmale eines Mietverhältnisses. Man würde kein Bedenken tragen, da, wo nichts als diese Momente gegeben ist, eine Sachmiete als vorliegend anzunehmen. Das trifft z. B. zu auf den verwandten Fall, daß jemand für einen bestimmten Tag einen Fensterplatz in seinem Hause gegen Vergütung einem andern überläßt, damit dieser andere von dem Fensterplatze aus den zu dieser Zeit auf der Straße vorbeiziehenden Festzug ansieht. Dieser Vertrag trägt lediglich die Merkmale der Sachmiete, insbesondere fehlt ihm das oben näher dargestellte Kennzeichen des Schaustellungsvertrages, daß nämlich der Unternehmer, der Hausbesitzer, eine Garantie dafür übernimmt, daß die Schaustellung (der Festzug) auch wirklich stattfinden werde und programmäßig in dem angekündigten Umfange stattfinden werde. Damit soll nicht gesagt sein, daß der Mieter eines solchen Fensterplatzes zur

Bezahlung auch dann unter allen Umständen verpflichtet sei, wenn der Festzug nicht stattfindet. Man wird möglicherweise sagen müssen, daß ein solcher Vertrag über einen Fensterplatz unter der stillschweigenden Bedingung geschlossen ist, daß der Festzug wirklich stattfindet. Doch ist ein solcher bedingter Vertrag etwas anderes als der oben behandelte Schaustellungsvertrag.

Der normale Theaterbesuchsvertrag, bei dem der Besucher das Anrecht auf einen festen Platz erwirbt, zeigt also neben den Merkmalen des Schaustellungsvertrages noch die Merkmale einer Sachmiete.

Die Frage, wie diese beiden Bestandteile sich zu einander verhalten, ist in der Literatur unter dem Schlagwort der gemischten Verträge erörtert worden, wobei allerdings statt des Schaustellungsvertrages ein Werkvertrag als die eine Seite im Theaterbesuchsvertrage aufgeführt wird. Es wird von allen Schriftstellern anerkannt, daß die beiden genannten Elemente des Theaterbesuchsvertrages nicht selbständig unabhängig nebeneinander bestehen und nicht verschiedene rechtliche Schicksale haben können. Das Recht auf die Platzbenutzung dient nur als Hülfsmittel und Erleichterung für die Ausübung des Rechtes aus dem Schaustellungsvertrage. Wenn der Besucher kein Recht hat, an der Schaustellung teilzunehmen, weil die Aufführung abgesagt ist, dann hat er auch kein Recht mehr, den erworbenen Platz zu benutzen. Das Platzbenutzungsrecht ist also abhängig von dem andern Bestandteile des Theaterbesuchsvertrages, dem Schaustellungsvertrage, und hat insofern untergeordnete Bedeutung. Andererseits darf man aber nicht übersehen, daß für den Theaterbesucher die Frage, von welchem Platze aus er dem Schau-

spiel beiwohnt, von sehr erheblicher Bedeutung ist, wie schon der Hinweis auf die verschiedenen Preise der Theaterplätze deutlich macht. Ein Fall, in dem die Anwendung des besonderen Mietrechtes auf diesen Teil des ganzen Vertrages, nämlich die Benutzung eines bestimmten Platzes während der Vorstellung, rechtlichen Einfluß haben könnte auf die rechtlichen Verhältnisse des Vertrages im ganzen, dürfte kaum denkbar sein.

§ 13. Anhang.

In der Praxis des Theaterbetriebes ist häufiger die Frage entstanden, ob der Theaterunternehmer verpflichtet sei, jeder Person, die von ihm Überlassung eines Theaterbillets zum gehörigen Preise, also den Abschluß eines Theaterbesuchsvertrages, verlangt, ein solches Billett abzugeben, oder ob er den Abschluß des Theaterbesuchsvertrages ablehnen könne.

Man faßt diese Frage meist in dem Schlagwort zusammen: Besteht für den Theaterunternehmer ein Kontrahierungszwang oder nicht?

Bei der rechtlichen Betrachtung dieses Problems werden häufig zwei verschiedenartige Gesichtspunkte nicht gehörig auseinander gehalten. Die Frage ist einmal die, ob der Theaterunternehmer verpflichtet ist, mit jedem, der das Verlangen stellt, einen Vertrag über den Theaterbesuch zu schließen, d. h. die zum Abschluß erforderlichen Erklärungen (Vertragsofferte bezw. Vertragsannahme) auszutauschen. Zweitens aber entsteht die Frage, ob in der öffentlichen Ankündigung einer Vorstellung durch den Unternehmer bereits eine bindende Vertragsofferte zu finden ist, die ohne weitere Erklärung des

Theaterunternehmers durch bloße Annahmeerklärung des Besuchers zu einem perfekten Vertrage wird.

Von einem Kontrahierungszwange kann man bei dieser letzteren Frage vernünftigerweise nicht sprechen. Die Frage ist hier nicht die, ob der Theaterunternehmer zum Abschluß gezwungen werden kann, sondern die: hat seine öffentliche Ankündigung für ihn bindende Wirkung, ist sie eine „Offerte an das Publikum?“

Zunächst soll das erstere Problem, die Frage nach dem Kontrahierungszwange in richtig verstandenem Sinne, erörtert werden.

Im Gebiete des Privatrechts, insbesondere dem hier allein in Betracht kommenden Recht der Schuldverhältnisse, gilt der Grundsatz der Vertragsfreiheit, d. h. jedermann hat frei darüber zu bestimmen, ob er durch sein rechtsgeschäftliches Handeln eine Rechtswirkung herbeiführen will. Dem Kaufmann steht es frei, dem Kunden, der in seinem Laden eine Ware zu kaufen wünscht, zu erklären, daß er den Verkauf der Ware ablehne. Der Umstand, daß der Kaufmann in öffentlichen Ankündigungen die fragliche Ware angeboten hat, ändert an der Rechtslage nichts. Durch eine solche Ankündigung entsteht keine Verpflichtung zum Abschluß eines Vertrages; ein solcher Rechtssatz ist nirgendwo aufgestellt. Ist sonach die Annahme eines Kontrahierungszwanges aus den regulären Grundsätzen des bürgerlichen Rechts nicht abzuleiten, so fragt sich, ob nicht bei dem Theaterunternehmen besondere Verhältnisse vorliegen, aus denen sich die besondere Regel, nämlich die Festsetzung eines Kontrahierungszwanges, ergibt. Doch ist noch eine Bemerkung voranzuschicken. Das Rechtsverhältnis zwischen dem Theaterbesucher

und dem Theaterunternehmer ist ein Verhältnis des Privatrechts. Es sind dabei die Grundsätze des bürgerlichen Rechts anzuwenden, auch wenn der Theaterunternehmer eine öffentlich-rechtliche Korporation ist. Das ist nicht so selbstverständlich, wie es auf den ersten Blick aussieht. Wer sein Kind für 200 Mark jährliches Schulgeld auf die höhere Schule schickt, wer nach Entrichtung der halbjährigen Leihgebühr ein Buch aus der Universitätsbibliothek entleiht, schließt damit keinen Dienstvertrag mit der Schulanstalt, keinen Miet- oder Leihvertrag mit der Bibliothek. Die hierbei sich ergebenden Rechtsverhältnisse gehören nicht in das bürgerliche, sondern in das öffentliche Recht. Anstelle des Werk- oder Mietvertrages ist hier der Begriff der „Benutzung einer öffentlichen Anstalt“ gegeben, der von Otto Mayer in seinem Deutschen Verwaltungsrecht Band II, Seite 318 ff. zuerst grundlegend entwickelt und allseitig akzeptiert worden ist. Man könnte auf die Idee kommen, daß von dem Besucher eines Königlichen Theaters das gleiche gälte wie von dem Besucher einer Königlichen Bibliothek oder eines Königlichen Museums. Das ist indessen nicht anzunehmen. Eine öffentlich-rechtliche Korporation, wie der Staat oder eine Stadtgemeinde, kann für ein von ihr geführtes Unternehmen entweder die Form einer „öffentlichen Anstalt“ im Sinne Otto Mayers, die also dem Privatrecht entrückt ist, wählen, es steht ihr aber auch frei, ihre gemeinnützige Aufgabe in der Weise zu erfüllen, daß sie privatrechtliche Verträge abschließt und zweckmäßige Einrichtungen zu deren Erfüllung trifft. (So Laband, Staatsrecht Band III [5] 1913 Seite 83.) Schulen, Museen und Bibliotheken sind von der öffentlich-rechtlichen Korporation als „öffentliche Anstalten“

ausgebildet; die staatlichen Theater, Staatsbanken, Staatseisenbahnen und andere Unternehmungen treten dagegen mit dem Publikum in privatrechtlichen Verkehr, der von den Grundsätzen des bürgerlichen Rechts beherrscht wird. Für Eisenbahnen insbesondere ist diese rechtliche Ordnung dadurch besonders deutlich zum Ausdruck gebracht, daß auf die Geschäfte der Eisenbahnunternehmungen, auch wenn sie vom Staate betrieben werden, das Handelsgesetzbuch für anwendbar erklärt ist.

Für die rechtliche Beurteilung des Verhältnisses zwischen Theaterunternehmer und Theaterbesucher ist es also ohne Belang, ob das Theater ein königliches oder ein privates ist. Das gilt auch für die Frage, ob der Theaterunternehmer zivilrechtlich verpflichtet ist, mit jedermann aus dem Publikum zu kontrahieren. Das Gegenteil behauptet allerdings Opet, indem er ausführt (Seite 254): „Für diejenigen Theaterunternehmungen, die vom Staat oder von anderen öffentlich-rechtlichen Korporationen betrieben werden, ist die Geltung des Kontrahierungszwanges als durchaus selbstverständlich zu erachten. Handelt es sich doch dann um publizistische Anstalten, die ihrem Wesen nach der Benutzung durch jedermann offenstehen und deshalb jedem, wenn ihre Benutzung den vorangehenden Abschluß eines Vertrages voraussetzt, den Abschluß dieses Vertrages gestatten müssen. Wie bei den staatlich betriebenen Transportanstalten ist auch für die publizistischen Theaterunternehmungen ein unmittelbar ex lege begründeter Kontrahierungszwang gegeben.... Die Weigerung der Aushändigung des Billetts berechtigt den Verletzten zur Klage auf Abschluß des Besuchsvertrages bezw., wo dies unmöglich geworden, auf Leistung des negativen Vertrags-

interesses.“ Diese Ausführungen beruhen auf dem ganz unklaren Begriffe der publizistischen Anstalt. Wenn damit die öffentliche Anstalt im Sinne von Otto Mayer gemeint ist, so ist damit allerdings für die Anstalt ein Kontrahierungszwang gegeben, aber kein zivilrechtlicher Zwang, wie Opet annimmt, sondern nur ein öffentlicher Anspruch, der im Wege der Beschwerde oder im Verwaltungsstreitverfahren, nicht aber im ordentlichen Rechtswege zu verfolgen wäre. In Wahrheit ist aber das staatliche Theater eine öffentliche Anstalt in diesem Sinne nicht. Wenn Opet unter seiner publizistischen Anstalt eine solche versteht, die vom Staate betrieben wird und der Öffentlichkeit zur Benutzung zugänglich ist, so ist damit für die Frage des Kontrahierungszwanges nichts ausgesagt, da für eine solche Anstalt die Grundsätze des Privatrechts gelten.

Mit unserer Feststellung, daß wir es bei dem Theater, auch wenn es vom Staate betrieben wird, nicht mit einer öffentlichen Anstalt in dem besprochenen Sinne zu tun haben, ist aber auch nicht gesagt, daß ein Kontrahierungszwang nicht gegeben sei. Es gibt gewerbliche Unternehmungen, denen, ohne Rücksicht darauf, ob sie vom Staate oder von Privaten betrieben werden, ein Kontrahierungszwang vom Gesetze auferlegt ist. Das Hauptbeispiel sind die Eisenbahnen. Für alle Eisenbahnen, die dem öffentlichen Verkehr dienen, mögen sie vom Staate, einer Gemeinde oder einem Privaten betrieben werden, bestimmt § 453 HGB. (dazu § 3 der Eisenbahnverkehrsordnung): Die Eisenbahn darf die Übernahme von Gütern nicht verweigern etc. Eine Zuwiderhandlung gegen diese Vorschriften begründet den Anspruch auf Ersatz des daraus entstehenden Schadens.

Es fragt sich, ob man diese für Eisenbahnen gegebene Vorschrift als den Ausdruck eines Rechtsgedankens auffassen muß, der auch auf anderen Gebieten anzuwenden ist. In der Tat will Dernburg (Bürgerliches Recht II 1 § 83 II) aus analoger Anwendung dieses Gedankens den Kontrahierungszwang auch für Theater gelten lassen: „Es ist zulässig, den in den gedachten Reichsgesetzen enthaltenen Gedanken noch weiter anzuwenden bezüglich der Anstalten, welche ihre Dienste dem gesamten Publikum anbieten und zu diesem Zwecke konzessioniert sind wie die der Straßenbahnen, Droschken, öffentlichen Theater. Alle derartigen Anstalten dürfen die in ihren Bereich fallenden Geschäfte nicht willkürlich, sondern nur aus guten Gründen verweigern. Dies entspricht auch den Verkehrsbedürfnissen und der Gerechtigkeit. Die Verpflichtung solcher Anstalten zur Eingehung von Verträgen ist nicht bloß öffentlich-rechtlich, vielmehr erwächst unter den geeigneten Voraussetzungen zugunsten eines jeden, der sich meldet, ein privatrechtlich klagbarer Anspruch auf Vertragsschluß oder geeignetenfalls auf Schadensersatz. Nur wenn man dies annimmt, besteht ein genügender Schutz des Publikums. Denn der Rechtsweg hilft sicherer und nachdrücklicher als etwaige Maßregeln der Aufsichtsbehörde".

Die Anwendung dieser Sätze auf Theaterunternehmungen findet indessen im geltenden Rechte keine ausreichende Stütze; die Verwandtschaft zwischen Theaterunternehmungen, die der Bildung oder der Belustigung des Publikums dienen, und den Eisenbahnen, die dem öffentlichen Verkehr dienen, ist nicht so zwingend, wie Dernburg annimmt. Das Interesse des einzelnen, jederzeit die Möglichkeit zu einer Reise von Göttingen nach Berlin zu haben, bedarf doch in ganz anderem Sinne

eines staatlichen Schutzes als das Interesse des einzelnen daran, daß er jederzeit die Möglichkeit hat, Goethes „Faust“ oder „Die lustige Witwe“ zu sehen, wenn er das Bedürfnis danach fühlt. Um den in der Neuzeit unentbehrlichen Verkehr von Ort zu Ort zu erleichtern, greift der Staat zu solch außerordentlichen Maßregeln, wie der Statuierung eines zivilrechtlichen Kontrahierungszwanges für alle, auch die privaten Eisenbahnunternehmen. Ohne eine ausdrückliche dahingehende Vorschrift wird man diesen Satz auf andere Unternehmungen nicht übertragen dürfen. In diesem Sinne scheint auch die Praxis zu der Frage Stellung zu nehmen. Vgl. die bei Pickardt Seite 37, 38 zitierten Entscheidungen*).

Wenn Dernburg an der zitierten Stelle auch die Tatsache der Konzessionserteilung zur Begründung des Kontrahierungszwanges heranzieht, so würde das auf die Theaterunternehmung an sich zutreffen. Der Theaterunternehmer braucht ebenso wie der Eisenbahnunternehmer eine staatliche Konzession zu seinem Betriebe (§ 32 der Gewerbeordnung). Indessen kann aus der Konzessionserteilung auf einen Kontrahierungszwang nicht geschlossen werden. Zahlreiche Gewerbe dürfen nur mit Konzession ausgeübt werden, ohne daß bei ihnen von einem Kontrahierungszwange die Rede wäre.

Wohl aber kann es vorkommen, daß dem Gewerbetreibenden bei der Konzessionserteilung die Bedingung auferlegt wird, sich jedermann aus dem Publikum zur Verfügung zu stellen, also mit jedem, der es verlangt, zu kontrahieren. Ob so etwas bei Theaterkonzessionen vorkommt, ist mir nicht

*) Anm.: Ich möchte nicht verfehlen, darauf hinzuweisen, daß sich an dieser Stelle auch eine abweichende Entscheidung aus der Hamburger Praxis für ein staatlich subventioniertes Theater befindet.

bekannt, aber doch wohl unwahrscheinlich. Für den einzelnen aus dem Publikum würde aus einer solchen polizeilichen Auflage kein zivilrechtlicher Anspruch auf Abschluß des Vertrages oder auf Schadensersatz gegeben sein.

Anders läge die Sache, wenn dem Gewerbe der Theaterunternehmer im allgemeinen durch eine Polizeiverordnung die Verpflichtung auferlegt wäre, mit jedermann aus dem Publikum zu kontrahieren. Solche Polizeiverordnungen kommen bei andern Gewerben mehrfach vor, z. B. bei Droschkenkutschern und Dienstmännern. Daß für Theaterunternehmen entsprechende Bestimmungen bestünden, ist nicht bekannt geworden. Wenn sie bestünden, würde die Weigerung des Theaterunternehmers, das verlangte Billett abzugeben, eine Übertretung der Polizeiverordnung und damit ein Verstoß gegen ein Schutzgesetz enthalten. Der abgewiesene Theaterliebhaber hätte dann zwar keinen Anspruch auf Abschluß des Besuchsvertrages, wohl aber einen deliktischen Schadensersatzanspruch nach § 823 Abs. 2.

Das Bestehen eines Kontrahierungszwanges ist hiernach für den Theaterunternehmer, mag es eine öffentlich-rechtliche Korporation oder ein Privatmann sein, zu verneinen.

§ 14.

Es bleibt schließlich noch zu erörtern die andere Frage, die man nur bei ungenauer Ausdruckweise mit unter dem Problem des Kontrahierungszwanges mitverstehen kann: ob nämlich schon in der Ankündigung der Vorstellung durch den Theaterunternehmer eine verbindliche Offerte zu finden ist, die durch die bloße Annahmeerklärung des Besuchers,

also durch das Verlangen eines Billettes an der Theaterkasse zu einem perfekten Vertrage wird.

Nach der entgegengesetzten Auffassung ist die öffentliche Ankündigung des Theaterunternehmers lediglich eine unverbindliche Mitteilung an das Publikum, daß er bereit sei, von Personen aus dem Publikum Offerten über den Abschluß von Theaterbesuchsverträgen entgegenzunehmen. Der Besucher, der an der Kasse eine Einlaßkarte für einen Parkettplatz verlangt, macht damit seinerseits eine Offerte, die durch die Aushändigung der Eintrittskarte von dem Theaterunternehmer angenommen und damit zu einem perfekten Theaterbesuchsvertrage wird. Dem Theaterunternehmer steht es frei, das von dem Besucher gestellte Verlangen nach Aushändigung eines Billetts anzunehmen oder abzulehnen.

Diese Auffassung wird in den meisten Kommentaren und Lehrbüchern vertreten. Aufzählung der Literatur bei Löwenstein Seite 34.

In monographischen Arbeiten findet sich dagegen vielfach die andere Anschauung, daß nämlich die Ankündigung der Theatervorstellung von seiten des Theaterunternehmers bereits eine verbindliche „Offerte an jedermann aus dem Publikum“ darstelle. Das an der Theaterkasse von dem Besucher ausgesprochene Verlangen nach einer Eintrittskarte sei die Annahme dieser Offerte; mit dieser Erklärung des Besuchers komme der Theaterbesuchsvertrag zustande, der Theaterunternehmer habe also nicht mehr die Wahl, ob er das verlangte Billett, sofern es nur noch vorhanden ist, aushändigen wolle oder nicht. Diese letztere Auffassung ist besonders ausführlich von Biermann und im Anschluß an ihn

von Opet und mehreren Dissertationen vertreten worden (Seidenschnur, Günther, Mugdan, Löwenstein).

Die erstere Auffassung ist als richtig anzusehen. Der Theaterbesucher, der an der Kasse ein Billet fordert, erklärt damit nicht die Annahme einer bereits vorliegenden verbindlichen Offerte, sondern leitet seinerseits erst eine Vertragsverhandlung ein, indem er ein Vertragsangebot macht. Es steht also dem Theaterunternehmer frei, jeder Person, die ein Billett verlangt, die Abgabe des Billets zu verweigern.

Die von Biermann und seinen Nachfolgern gegebene Darlegung geht von dem Nachweis aus, daß es im Verkehrsleben Erscheinungen gäbe, die gar nicht anders konstruiert werden könnten als durch die Annahme einer verbindlichen Offerte an das Publikum. Es wird richtig sein, daß einige von diesen Fällen juristisch nicht anders konstruiert werden können, als durch eine solche Annahme. Vor allem beim Verkaufsautomaten, ferner beim Aufstellen der Kuchenschüsseln im Wiener Café und in ähnlichen Fällen liegt wirklich eine verbindliche Offerte an jedermann aus dem Publikum vor, die durch das Einwerfen des Geldstücks, durch die Abnahme eines Kuchenstücks von der Schüssel zu einem perfekten Vertrage wird, ohne daß noch eine Erklärung von seiten des Aufstellenden (des Verkäufers) erfolgt. In vielen anderen der von Biermann aufgestellten Fälle wird man ihm aber nicht folgen wollen, insbesondere wenn er z. B. darlegt, daß die öffentliche Bekanntmachung des Fahrplans und des Tarifs einer Dampfschiffahrtsunternehmung und ähnliche Fälle, darunter auch die Theater- und Konzertanzeigen, nicht bloß Einladungen zum Abschluß von Verträgen, sondern verbindliche Offerten darstellen.

Entscheidend für die Beurteilung wird die Frage sein: liegt nach der Verkehrsauffassung bei demjenigen, der die öffentliche Ankündigung erläßt, der Wille vor, sich durch seine öffentliche Ankündigung bereits zu binden, sodaß er nicht zurück kann? Ist nach allgemeiner Anschauung der Ankündigende bereits endgültig und vorbehaltslos entschlossen, mit jeder Person, die ihm dieses Verlangen ausspricht, ohne irgendwelche weitere Prüfung in sachlicher oder persönlicher Beziehung in das Vertragsverhältnis einzutreten? Das ist beim Automaten und bei der Kuchenschüssel im Café unbedenklich anzunehmen, bei den Bekanntmachungen der Dampfschiffahrtsgesellschaft und bei den Repertoireankündigungen des Theaterunternehmers aber zu verneinen. Auch Biermann macht für seine Konstruktion eine Einschränkung, durch die eigentlich seiner ganzen Annahme einer verbindlichen Offerte an das Publikum der Boden wieder entzogen wird, indem er den Satz aufstellt: wer eine Offerte an das Publikum macht, macht sie nur mit dem Vorbehalte, daß er berechtigt sein will, eine ihm erklärte Vertragsannahme bei Vorliegen einer justa causa doch noch zurückzuweisen. Diese Einschränkung ist nicht nur mit dem konstruktiven Ausgangspunkte unvereinbar, sondern auch wegen der verschwimmenden Unbestimmtheit des Begriffs der justa causa praktisch wenig brauchbar. Nach Biermann müßte also wirklich der Amtsrichter darüber entscheiden, ob die von einem Kritiker über die Theatervorstellungen veröffentlichten Besprechungen nach Ton und Inhalt dem Theaterunternehmer eine justa causa gäben, diesem Kritiker die Verabfolgung des Billetts zu verweigern. Der Richter wird zwar im Strafverfahren darüber befinden müssen, ob die Kritiken beleidigend sind; aber ob

sie sachlich zutreffend oder in der Form billigenswert sind, zu dieser Entscheidung im Zivilprozeßverfahren sollte der Richter doch nicht für berufen erachtet werden.

In den meisten der Biermannschen Fälle der Offerte an das Publikum will der Ankündigende nicht vorbehaltlos gebunden sein, aber der Vorbehalt lautet nicht, wie Biermann meint: Ich will bei Vorliegen von guten und sachlichen Gründen einen sich meldenden Kontrahenten zurückweisen können, sondern der Vorbehalt lautet viel einfacher so: Ich behalte mir die endgültige Entschließung darüber vor, ob ich einen Kontrahenten akzeptieren will oder nicht. Nur wo der Ankündigende wegen der Persönlichkeit des andern Kontrahenten wirklich gar keinen Vorbehalt macht wie beim Automaten, liegt eine Offerte an das Publikum vor; in den andern Fällen ergeht nicht eine bindende Offerte mit Vorbehalt, sondern überhaupt keine Offerte.

Speziell bei dem Theaterbesuchsvertrage ergeben sich bei der Biermannschen Konstruktion eine ganze Reihe von Schwierigkeiten.

a. Die Offerte bezieht sich nach dieser Offertentheorie auf die jeweils noch verfügbaren Theaterplätze. Das bedeutet also: Jedem einzelnen aus dem Publikum werden sämtliche vorhandenen Plätze angeboten, jeder Platz zu den für seine Platzart geltenden Preisen. Danach wäre es möglich, daß ein Billetthändler dem Theaterunternehmer zwei Wochen vor Beginn des angekündigten Caruso-Gastspiels erklärt: ich nehme sämtliche Plätze des Theaters. Will man wirklich annehmen, daß der Theaterunternehmer alle Plätze an diesen einen Händler, der sich als erster meldet, abgeben müsse?

Die Verkehrsanschauung wird damit gewiß nicht einverstanden sein.

b. In welchem Augenblick tritt nach dieser Offertentheorie eine annahmefähige Offerte ins Leben? Wenn die erste Vornotiz über das geplante Gastspiel in die Zeitungen eingerückt wird? Oft wird bekannt gegeben: Der Vorverkauf beginnt am 6. April 1914. Soll dann der Billetthändler durch ein Telegramm früh am Beginn dieses Tages oder zu Beginn der Geschäftszeit sämtliche vorhandenen Plätze für sich „akzeptieren“ können?

c. Zwei Theaterliebhaber bestellen gleichzeitig schriftlich bei dem Theaterunternehmer den vorderen Eckplatz in Loge Nr. 7. Ist nun mit beiden der Theaterbesuchsvertrag zustandegekommen oder mit keinem?

d. A verlangt Platz Nr. 21 des Parketts. Der Kassierer antwortet: Ist nicht mehr da! Nach Biermanns Auffassung bedeutet das: Die von Ihnen erklärte Annahme meiner Vertragsofferte kann nicht zu einem Abschluß führen, weil meine Offerte für diesen Platz nicht mehr zu Recht bestand, was ich Ihnen hierdurch nachträglich mitteile. Danach hätte man es hier also mit einer Offerte zu tun, die sich nach Inhalt und Umfang ständig ändert, ohne daß der Antragsempfänger, das Publikum, etwas davon erfährt, bei der es vielmehr dem Publikum überlassen bleibt, sich darüber zu unterrichten, in welchem Sinne die Offerte noch besteht. Gewiß eine merkwürdige Offerte! Nach unserer Auffassung bedeutet die Erklärung des Kassierers: Ich kann Ihrem Angebote, mir diesen Platz abzunehmen, nicht nachkommen, da der Platz nicht mehr da ist. Diese Konstruktion ist einfacher und kann schon deshalb als die richtigere gelten.

e. Man kann sogar zweifeln, ob das Anfordern eines Billetts an der Theaterkasse immer schon eine verbindliche Offerte von seiten des anfordernden Theaterbesuchers ist. Der Besucher fordert einen Parkettplatz. Es wird ihm Nr. 27 gegeben; er blickt auf den Plan und sieht, daß es der Platz neben der Säule ist oder ein aus andern Gründen, etwa wegen der Nachbarschaft, nicht erwünschter Platz. Er hat gewiß das Recht zu erklären: „Diesen Platz möchte ich nicht nehmen“, und der Kassierer kann ihm nicht entgegenstellen: „Sie haben mir ein Angebot gemacht, und ich habe es angenommen. Damit ist der Abschluß perfekt geworden und die Sache erledigt.“ Das Verlangen des Besuchers nach einem Parkettplatz erweist sich hier also als nicht genügend bestimmt, es konnte nicht durch ein bloßes Ja des andern Teils angenommen werden, sondern es waren noch weitere Verhandlungen erforderlich, um die Einigung über alle Essentialien herbeizuführen. Zu diesen Essentialien gehört in der Regel auch die Nummer des Platzes; sie gehört nur dann nicht dazu, wenn der Besucher zu erkennen gibt, daß er keine besondere Wünsche in dieser Beziehung habe, vielmehr die Platzauswahl dem Kassierer überlasse.

f. Bei der Offertentheorie, die in der Ankündigung der Aufführung bereits eine verbindliche Offerte des Theaterunternehmers sieht, ist offenbar die Rechtslage des Theaterunternehmers erheblich ungünstiger (weil gebundener) als bei der hier vertretenen Auffassung. Das ist aber zugleich ein Argument gegen die Richtigkeit jener Offertentheorie. Denn was sollte den Theaterunternehmer veranlassen, sich vorzeitig das Risiko und die Unzuträglichkeiten einer solchen einseitigen Bindung aufzuladen, wenn er wirtschaftlich genau dasselbe

Ergebnis mit einer unverbindlichen Ankündigung erreichen kann? Denn daran ist doch kein Zweifel, daß der Theaterunternehmer nicht weniger Billette absetzt, wenn er ausdrücklich schreibt: Die Zuteilung der Billette muß ich mir vorbehalten, als wenn er schreibt: Ich verpflichte mich, einem jeden, der einen noch verfügbaren Platz fordert, dieses Billett ohne Ansehen der Person abzugeben. Für solche juristischen Konstruktionsfragen hat das Publikum kein Interesse. Auch für den Theaterunternehmer muß aber der Grundsatz gelten, daß im Zweifel immer nur die schwächere Rechtswirkung eines Geschäftes als gewollt anzunehmen ist, wenn mit ihr der gleiche wirtschaftliche Erfolg erzielt werden kann, wie mit einem Geschäfte von stärker einschneidender Wirkung.

Vom Standpunkt des Theaterunternehmers ist sonach kein Grund zu finden, weshalb er den von ihm erlassenen Ankündigungen den Charakter einer ihn bindenden Offerte geben sollte. Der einzige Grund, den man in der Literatur zur Begründung der Offertentheorie angeführt findet, geht denn auch von dem Standpunkte des Theaterbesuchers aus. Günther Seite 19: „Die Verkehrsanschauung nötigt zur Annahme dieser Bindungsabsicht, denn das Publikum würde arg getäuscht werden, wenn die Theateranzeigen nach dem Belieben des Unternehmers geändert oder aufgehoben werden könnten.“ Dieses Argument ist in jeder Beziehung verfehlt. Einmal kann für die rechtliche Beurteilung einer rechtsgeschäftlichen Erklärung nicht ausschließlich das Interesse des Publikums maßgebend sein, sondern in erster Linie kommt es doch auf das Interesse und den erklärten Willen des Erklärenden, also des Theaterunternehmers, an. Sodann aber ist es auch nicht richtig, daß das Publikum durch die Absage

einer Vorstellung sich getäuscht fühlt. Derjenige, der die Absicht hatte, die Vorstellung zu besuchen, sich aber noch kein Billett besorgt hatte, kommt doch gewiß niemals auf die Idee, daß er durch eine Absage der Vorstellung in seinen begründeten Rechten oder Erwartungen verletzt sei!

Nicht beweiskräftiger ist die Formulierung Löwensteins Seite 37: „daß eine solche Erklärung in den Tageszeitungen sehr wohl ernst, d. h. in bindender Absicht gemeint ist, gemeint sein muß, folgt aus der Natur der Erklärung, die an das öffentliche Vertrauen gerichtet ist, das schwer getäuscht würde, wenn jemand nach seiner Laune seine Erklärungen so auslegen wollte, wie es ihm gerade paßte. Es kommt darauf an . . . ., ob der Ankündigende eine Erklärung abgegeben hat, die im Wege richtiger Auslegung eine bindende Absicht kundgibt.“ Ich kann nicht finden, daß eine richtige Auslegung aus dem an der Litfaßsäule angeschlagenen Theaterzettel herauslesen müsse, daß der Theaterunternehmer damit an eine zahllose Menge von incertae personae 800 bis 1500 Einzelofferten („soviel Plätze, soviel Offerten“) noch dazu unter sich verschiedenen Inhalts machen wollte, sich also für jeden der verfügbaren Plätze sich demjenigen gegenüber vertraglich gebunden halten wollte, der als erster diesen Platz für sich anfordert.

Opet, Seite 261, begründet seine Zustimmung zu der Biermannschen Offertentheorie mit dem merkwürdigen Satze: „Nachdem die sonstigen Versuche, den Kontrahierungszwang mittelst der Vorvertragstheorie zu erklären, sich als fruchtlos erwiesen haben, bleibt nur die Möglichkeit, ihn auf eine freiwillige Handlung des Unternehmers, eine . . . . unwiderrufliche Offerte zu stützen.“ Danach ist also die Theaterankündigung

um deswillen als verbindliche Offerte anzusehen, weil nur sie den Kontrahierungszwang erklärt. Aber diese Frage nach der juristischen Konstruktion der Elemente, aus denen sich der Theaterbesuchsvertrag zusammensetzt, hat doch mit der juristisch ganz anders gearteten Frage des Kontrahierungszwanges nichts zu tun. Daß zudem der Ausgangspunkt dieser Deduktion, nämlich die Notwendigkeit eines Kontrahierungszwanges für alle, auch die nicht öffentlich-rechtlichen Theaterunternehmungen durchaus nicht anerkannt werden kann, ist oben bereits näher dargelegt.